



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍCIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ERIVAN CARVALHO DE OLIVEIRA NETO

A (IN)APLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO
INQUÉRITO POLICIAL

SANTA RITA- PB
2019

ERIVAN CARVALHO DE OLIVEIRA NETO

**A (IN)APLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO
INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia de graduação apresentada à
Universidade Federal da Paraíba apresentado
ao curso de Direito como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos
Santos.

**SANTA RITA–PB
2019**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

N469i Neto, Erivan Carvalho de Oliveira.

INAPLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO
INQUÉRITO POLICIAL / Erivan Carvalho de Oliveira Neto.

- João Pessoa, 2019.

75 f.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Inquérito. Defesa. Aplicação. 2. Contraditório.
Procedimento. I. Título

UFPB/CCJ

ERIVAN CARVALHO DE OLIVEIRA NETO

**A (IN)APLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO
INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia de graduação apresentada à Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: Santa Rita – PB, ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos (Orientador)

Prof. Me. Daniele Rocha

Prof. Genessis Cavalcanti

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus por me dar força para lutar em busca dos meus sonhos e aos meus familiares: Mocinha, Simone e Adryelle.

AGRADECIMENTOS

Dedico esse trabalho, primeiramente, a Deus por está sempre ao meu lado e não me deixar fraquejar diante das dificuldades, a Ele dedico toda vitória conquistada.

Agradeço aos meus familiares pela compreensão diante da ausência em momentos importantes, pelas palavras positivas e as incontáveis ajudas prestadas, eu verdadeiramente amo vocês.

À professora Danielle por ter dedicando seu precioso tempo, paciência e conhecimento para que a conclusão desse trabalho fosse possível.

Ao Professor Felipe Negreiro por enriquecer o meu processo de conhecimento fora das salas de aula e sanar as minhas dúvidas mais bobas.

**“Prepara-se o cavalo para o dia da batalha,
porém do Senhor vem a vitória”**

RESUMO

O presente trabalho tratou como o tema o estudo da (in)aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa durante o procedimento do inquérito policial no âmbito do estudo em uma interdisciplinaridade passando entre o direito penal, processual penal e dando ensejo ao direito constitucional para tratar sobre os princípios em tela a serem analisados. A pesquisa tem como pauta e escopo em uma ampla revisão bibliográfica, de acordo com uma metodologia em análise qualitativa, buscando as doutrinas mais conceituadas no ordenamento jurídico brasileiro, analisando, inclusive, artigos científicos publicados, legislações e a análise jurisprudencial. Os capítulos são apresentados no início a fim de pesquisa o que é o inquérito policial, suas características, o valor probatório e a busca pela constatação de um juiz garantidor, ao invés de inquisitivo. O capítulo dois estuda os princípios constitucionais sobre a fase investigativa, o inquérito policial, destacando o princípio do estado de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da verdade real e o princípio da intervenção mínima. Mais adiante, no terceiro capítulo, para conceituação e historicidade, trata-se dos sistemas processuais penais, apresentando o sistema processual penal inquisitivo, acusatório e misto, bem como, verificando a posição doutrinária quanto ao que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 adotou. O quarto capítulo trata da forma em que a linha inquisitorial foi aderida à legislação e a eleição escolhida na Constituição Federal de 1988. O quinto capítulo complementando o estudo do objetivo geral, trata do contraditório e da ampla defesa em análise e, por fim, exploram-se as exemplificações de teorias que não aceitam a aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Por fim, no sexto capítulo, o objetivo específico do trabalho é alcançado considerando o estudo sobre os efeitos da inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no sentido de ensinar a demonstração dos posicionamentos doutrinários que concedem a importância da aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o inquérito policial. Conclui-se o estudo com o escopo de analisar os julgados e verificar as atribuições da aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o inquérito policial, analisando jurisprudência dos Tribunais de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Inquérito. Defesa. Aplicação. Contraditório. Procedimento.

ABSTRACT

The present study dealt with the study of the (in) applicability of the contradictory and ample defense during the procedure of the police investigation in the scope of the study in an interdisciplinarity passing between the criminal law, criminal procedure and giving rise to the constitutional right to deal with the principles on screen to be analyzed. The research has as its subject and scope in a wide bibliographical review, according to a methodology in qualitative analysis, searching for the doctrines more conceptualized in the Brazilian legal system, analyzing, including, published scientific articles, legislations and the jurisprudential analysis. The chapters are presented at the beginning in order to research what the police inquiry, its characteristics, the probative value and the search for the finding of a guarantor, rather than inquisitive judge. Chapter two examines the constitutional principles of the investigative phase, the police inquiry, highlighting the principle of the state of innocence, the principle of the dignity of the human person, the principle of real truth and the principle of minimum intervention. Later, in the third chapter, for conceptualization and historicity, it deals with the criminal procedural systems, presenting the criminal, inquisitive, mixed and procedural procedural system, as well as verifying the doctrinal position as to what the Brazilian Code of Criminal Procedure of 1941 adopted. The fourth chapter deals with the way in which the inquisitorial line was adhered to the legislation and the election chosen in the Federal Constitution of 1988. The fifth chapter, complementing the study of the general objective, deals with the contradictory and ample defense under analysis and, finally, explores examples of theories that do not accept the applicability of the contradictory and ample defense in the police investigation. Finally, in the sixth chapter, the specific objective of the work is achieved considering the study on the effects of the inapplicability of the contradictory and the ample defense in order to show the doctrinal positions that grant the importance of the application of the contradictory and ample defense during the police investigation. We conclude the study with the scope of analyzing the judges and verifying the attributions of the application of the contradictory and ample defense during the police investigation, analyzing jurisprudence of the Courts of Justice, the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court.

Keywords: Inquiry. Defense. Application. Contradictory. Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 INQUÉRITO POLICIAL	12
1.1 Antecedentes Históricos e Surgimento do Inquérito Policial.....	12
1.2 Características.....	15
1.3 Valor Probatório	18
1.4 Atuação da Autoridade Policial.....	20
1.5 A posição do Juiz como Garantidor e não como Instrutor	20
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À FASE INVESTIGATÓRIA	22
2.1 Princípio do Estado de Inocência	22
2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	23
2.3 Princípio da Verdade Real	25
2.4 Princípio da Intervenção Mínima	25
3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	27
3.1 Sistema Processual Penal Inquisitório	27
3.2 Sistema Processual Penal Acusatório.....	31
3.3 Sistema Processual Misto ou Inquisitivo Garantista	33
3.4 Posição Doutrinária quanto ao Sistema adotado no Brasil.....	36
4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	39
4.1 A linha inquisitorial probatória no Código de Processo Penal de 1941.....	39
4.2 Alterações do Código de Processo Penal em 2008 e seus reflexos	42
4.3 Eleição Constitucional do Sistema Acusatório	46
5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL.....	48
5.1 Direito ao Contraditório e Ampla Defesa	48
5.2 Direito de Defesa Técnica e Pessoal no Processo Penal	53
5.3 A Inaplicabilidade do Contraditório e Ampla Defesa no Inquérito Policial.....	55
6 EFEITOS DA (IN)APLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL	58
6.1 O posicionamento doutrinário quanto ao contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial.....	58
6.2 Análise de Julgados e Verificação do Contraditório e Ampla Defesa abarcados pelos Tribunais Superiores	67
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratou como o tema o estudo da (in)aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa durante o procedimento do inquérito policial no âmbito do estudo em uma interdisciplinaridade passando entre o direito penal, processual penal e dando ensejo ao direito constitucional para tratar sobre os princípios em tela a serem analisados.

A pesquisa pautou-se em uma ampla revisão bibliográfica, de acordo com uma metodologia em análise qualitativa, buscando as doutrinas mais conceituadas no ordenamento jurídico brasileiro, analisando, inclusive, artigos científicos publicados, legislações e a análise jurisprudencial.

No primeiro capítulo, portanto pauta-se no estudo generalizado sobre o inquérito policial, passando por uma análise dos antecedentes históricos e no surgimento do inquérito policial, demonstrando a mudança na nomenclatura a partir da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Posteriormente, avultam-se as características expostas ao inquérito, como é o caso, por exemplo da discussão da natureza inquisitiva ao mesmo ponto que se utiliza a teoria sobre a aplicação do contraditório e da ampla defesa. Mais adiante, expõe-se o valor probatório que possui o inquérito policial, sendo que este produz elementos que irão informar e comprovar a autoria e a materialidade do feito, apto para que o investigado seja acusado. A discussão, posteriormente, pauta-se na atuação da autoridade policial e após o posicionamento do juiz durante o inquérito policial como um juiz garantidor e não instrutor, como acontece durante o processo penal.

O segundo capítulo trata dos princípios constitucionais que estão relacionados à fase investigatória, sendo frisado o princípio do estado de inocência, com base, inclusive, sobre a Declaração dos Direitos Humanos do Cidadão; o princípio da dignidade da pessoa humana, utilizado como fundamento para o Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988; o princípio da verdade real, constituindo-se como aquele que pauta a investigação durante o inquérito policial na busca da verdade mais próxima da realidade e, por fim, o princípio da intervenção mínima, sendo que o Direito Penal é considerado como *ultima ratio* do direito.

O terceiro capítulo buscou trabalhar os sistemas processuais penais existentes no estudo do Direito, pautando como uma base histórica e perceptiva das teorias que pautam acerca do processo penal. Primeiramente, estuda-se o sistema processual penal inquisitório, em que se confunde a ideia de juiz e acusador; o sistema penal acusatório é aquele que irá separar, portanto, a figura do juiz com a figura do acusador, constituindo-se como um dos

sistemas que mais garante o contraditório e a ampla defesa; e o sistema processual misto ou inquisitivo garantista. Após a exposição desses sistemas, apura-se as posições doutrinárias quanto à sistemática que o Brasil adotou.

Mais diante, o quarto capítulo inferiu-se no sistema processual penal brasileiro é avultado no sentido de destacar a linha inquisitorial probatório no Código de Processo Penal de 1941, considerando, inclusive, as alterações no Código de Processo Penal em 2008 e os reflexos causados no ordenamento jurídico brasileiro.

No quinto capítulo o contraditório e a ampla defesa são estudados em espécie, ensejando, neste momento, o estudo e a análise das doutrinas constitucionais e de direitos humanos, a fim de verificar as melhores posições e considerações dos autores, bem como, explora-se o direito de defesa técnica e pessoa durante o processo penal. Por fim, expõem-se exemplificações das doutrinas que não acatam as aplicações do contraditório e ampla defesa durante o inquérito policial.

Por fim, no sexto capítulo, o objetivo específico do trabalho é alcançado considerando o estudo sobre os efeitos da inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no sentido de ensejar a demonstração dos posicionamentos doutrinários que concedem a importância da aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o inquérito policial. Conclui-se o estudo com o escopo de analisar os julgados e verificar as atribuições da aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o inquérito policial, analisando jurisprudência dos Tribunais de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

1 INQUÉRITO POLICIAL

Este capítulo é destinado ao estudo inicial sobre o inquérito policial, avultando os antecedentes históricos, o surgimento do inquérito policial, o amparo legislativo e a natureza jurídica. Mais adiante, passa-se ao destaque sucinto sobre as características do inquérito, no que tange, inclusive, a forma inquisitiva.

Constando-se o valor probatório e as decisões jurisprudenciais sobre o livre convencimento dos juízes no processo penal, além da forma de atuação da autoridade policial e por fim, analisando a posição do juiz como garantidor no inquérito policial e não como instrutor, como é no bojo da ação penal.

1.1 Antecedentes Históricos e Surgimento do Inquérito Policial

O inquérito policial foi mantido no Código de Processo Penal de 1941, entendendo o legislador que deveria caber “o ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente”, conforme explorou a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal¹.

Segundo Lopes Jr.², dessa forma, o momento histórico da produção do Código de Processo Penal no Brasil influenciou na forma de inserção dos artigos e institutos. Nos países da Europa, por exemplo, a Espanha, França e Alemanha abarcavam em suas sistemáticas penais o chamado “sistema de juiz de instrução”, enquanto o Brasil, em comparação, permaneceu com a investigação preliminar policial.

Com fulcro na obra do autor, a investigação criminal preliminar é aquela disposta na fase pré-processual, sendo este último termo o gênero do qual o inquérito policial é espécie, bem como, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc. Lopes Jr. em sua concepção considera o inquérito policial:

Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo³.

¹ BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 8 de setembro de 1941. Disponível em http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em 28 fev. 2019.

² LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016, p. 65.

³ Idem.

Neste interim, inicialmente é preciso constatar que o Estado possui o dever de punir o autor que cometer qualquer infração penal, garantindo ao Estado Democrático de Direito a estabilidade e a segurança coletiva, de forma que é idealizado no próprio texto da Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 5º⁴.

Nucci⁵, nesta seara, afirma que embora seja natural a exigência de uma atividade controlada pelo Estado da forma mais absoluta, regada de transparência e legalidade, quando se fala no cumprimento das penalidades, há diversas normas que permitem que os órgãos investiguem e procurem atitudes ilícitas penais ou extrapenais, considerando que para alcançar a verdade real, deve-se utilizar do instrumento investigatório no campo penal que é a inquérito policial.

Constitucionalmente, tais atividades investigativas da polícia judiciária federal e estadual estão nos artigos 144, parágrafo primeiro, inciso IV e parágrafo quarto do texto Maior:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...) IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares⁶.

Dando ensejo ainda à obra de Nucci⁷, o autor conceitua o inquérito policial como aquele procedimento preparatório da ação penal e que possui caráter administrativo, devendo ter como condução pela polícia judiciária e destina-se, especialmente, para colheita de provas preliminares para apuração de quaisquer infrações penais, bem como a busca pela autoria de determinado crime.

Com supedâneo, a doutrina destaca que o objetivo do inquérito policial é seguir para a convicção do representante do Ministério Público (*opinio delicti*), com o intuito de colher provas urgentes quando necessárias – pois, sofrem o perigo de desaparecer após o cometimento de um crime –, e buscam de forma objetiva servir para composição das provas

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 28 fev. 2019.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª Ed., 2016, p. 94.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 28 fev. 2019.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª Ed., 2016, p. 95.

pré-constituídas que, para Nucci, são indispensáveis para a vítima propor a ação penal privada⁸.

No Brasil, é contrapudencente explicar, a denominação “inquérito policial” tem marco histórico com o surgimento na Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada posteriormente pelo Decreto-Lei nº 4.824, de 28 de novembro de 1871⁹, encontrado no artigo 42 seguindo da definição: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”¹⁰.

Nucci¹¹ vaticina que apesar do inquérito policial ter sido mencionado a primeira vez nesta lei, as funções e a natureza do processo criminal já existiam no Brasil em longa data, tornando especializadas com a aplicação do princípio da separação da polícia com o Poder Judiciário e, em razão disso, no Código de Processo Penal de 1832, havia alguns dispositivos sobre o procedimento informativo, mas não existia ainda o *nomen juris* de “inquérito policial”.

O fundamento para a existência prévia do inquérito policial é a busca pelo fato oculto, procurando que o crime, na maior parte das vezes, é total ou parcialmente oculto, o que enseja a maior investigação com o escopo de associar elementos suficientes para autoria e materialidade (*fumus comissi delicti*) para então, haver o oferecimento da acusação ou mesmo a justificativa para o pedido de arquivamento podendo ser feito pelo juiz ou promotor de justiça¹².

Lopes Jr.¹³ destaca outro fundamento para a existência do inquérito policial que é a função simbólica, pois este possui a visibilidade da atuação do Estado para investigar, contribuindo para o restabelecimento da normalidade social que pode ter sido abalada diante do cometimento de um crime, afastando o sentimento de insegurança e impunidade.

Por fim, o último fundamento utilizado pelo doutrinador é a função processual, pautada no sentido de que o inquérito servirá como preliminar para o processo penal, utilizado verdadeiramente como um “filtro processual”, como explica o autor. Assim, “o processo penal é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir

⁸ Idem.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1871-11-22;4824>. Acesso em 28 fev. 2019.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm. Acesso em 28 fev. 2019.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª Ed., 2016, p. 95.

¹² LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016, p. 65.

¹³ Idem.

sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico”¹⁴.

A natureza jurídica do inquérito policial, portanto, tem “a atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo”¹⁵, dessa forma, deverá ser determinada pelo sujeito e pela natureza em que os atos realizados no bojo do procedimento são considerados como administrativo pré-processual¹⁶.

Na mesma seara Lima conduz:

Trata-se de procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em partes stricto sensu, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa¹⁷.

No âmbito de estudo, a seguir, portanto, serão amplificadas as características do inquérito policial a fim de melhor explanação do assunto.

1.2 Características

O inquérito policial, pautando-se nas explicações anteriores, percebeu-se tratar de procedimento antes da instauração do processo, portanto, sem a atuação do Poder Judiciário durante a busca do atingimento das finalidades previstas para a instauração.

Neste sentido, Badaró¹⁸ confirma que o entendimento doutrinário predominante é aquele que consagra o inquérito policial como aquele que possui natureza inquisitória, não se tratando de um procedimento que possui em seu interior o desenvolvimento de contraditório, o que será avultado mais a frente no trabalho.

Sobre as características, é importante considerar, conforme o artigo 9º do Código de Processo Penal, o inquérito policial é um procedimento escrito, isso decorre, como explica Badaró¹⁹, do próprio caráter inquisitivo do procedimento. Mais adiante, conforme a

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Editora Juspodivm, 5ª Ed., 2017, p. 105.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2015, p. 117.

¹⁹ Idem.

combinação do artigo 20 com o artigo 792, parágrafo segundo do Código de Processo Penal, será sigiloso²⁰.

Haja vista, o inquérito policial é dispensável, não sendo considerado como peça obrigatória para haver o oferecimento da denúncia, como verifica-se no artigo 12; 39, parágrafo quinto e no artigo 46, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal; sendo plenamente possível que a denúncia seja oferecida com base nas peças de informações remetidas ao Ministério Público, de acordo com o artigo 27 do mesmo título legislativo.

É o âmbito de atuação policial, sendo que a competência não é atribuída à autoridade judiciária e sim, conforme o artigo 4º, caberá o poder “atribuído a um funcionário de tomar conhecimento de determinado assunto”²¹.

No mesmo sentido, a oficiosidade passa a ser uma das características presentes no inquérito policial, de forma a demonstrar Lima²² em sua obra, considerando que em regra, deverá a autoridade policial proceder com a instauração do inquérito *ex officio*, sem aguardar qualquer provocação, dispensando, de acordo com o artigo 5º, inciso I do Código de Processo Penal, a anuência dos envolvidos e a necessidade de requerimento ou mesmo a requisição de quem quer que seja.

E proceder da seguinte forma:

Assim que tomar conhecimento de fato que possa configurar ilícito penal cuja ação seja de natureza pública incondicionada, a autoridade policial, por dever de ofício, deverá instaurar inquérito com vistas à completa apuração. As providências, em casos tais, não se encontram subordinadas a qualquer manifestação positiva de vontade; e devem ser adotadas até mesmo quando houver manifestação contrária do ofendido ou de seu representante legal, sendo caso²³.

Assim, se o delito vislumbrado estiver submetido à ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou com a requisição do Ministério Público ou ação penal privada, nestes casos em tela, a autoridade policial não poderá instaurar o inquérito policial *ex officio*, visto que nessas hipóteses, descreve os parágrafos quarto e quinto do artigo 5º do Código em comento, deve haver a prévia manifestação de vontade de quem de direito se dá a condição inarredável²⁴.

²⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 94.

²³ Idem.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

Outra característica importante para o inquérito policial é a obrigatoriedade, face a obra de Lima²⁵ que explica os elementos mínimos indicativos para a ocorrência do delito e quando satisfazer a eventual condição de procedibilidade, a autoridade policial se vê na obrigação legal de instaurar o inquérito policial para a completa apuração dos fatos. Como dito anteriormente, deverá proceder *ex officio* nos delitos de ação penal pública incondicionada, e na hipótese de tratar de delito de ação penal pública condicionada ou ação penal privada, a instauração somente se dará com a condição de representação ou requisição, ou quando formulado requerimento.

Em razão da oficialidade, diferente da característica acima, o delegado de polícia de carreira, é a autoridade que preside o inquérito policial, constitui-se em órgão oficial do Estado, artigo 144, parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988, como explicou Alencar e Távora²⁶.

A discricionariedade faz parte de uma das características do inquérito policial que pauta nesta fase pré-processual sem ter o rigor procedimento em razão do que ocorre na persecução em juízo. Constata-se, de acordo com o entendimento dos autores, que a investigação deverá se dar da melhor forma que ao delegado de polícia lhe aprouver, podendo atender ou não os requerimentos do indiciado e da vítima.

A autoridade policial pode atender ou não aos requerimentos patrocinados pelo indiciado ou pela própria vítima (art. 14, CPP), fazendo um juízo de conveniência e oportunidade quanto à relevância daquilo que lhe foi solicitado. Só não poderá indeferir a realização do exame de corpo de delito, quando a infração praticada deixar vestígios, pelo que se pode afirmar que a discricionariedade do inquérito não é absoluta²⁷.

Mais adiante, caso haja denegação de uma diligência requerida, como explicada acima, nada impedirá de interposição de recurso administrativo ao Chefe de Polícia, por analogia do entendimento do parágrafo segundo do artigo 5º do Código Processual Penal.

Em face de outra característica, tem-se a indisponibilidade. Para Alencar e Távora²⁸, a persecução criminal é de ordem pública e enseja ao delegado a obrigatoriedade de prosseguir com a investigação, não podendo dela dispor, porém, insta mencionar que se a autoridade policial perceber que o crime não ocorreu, não deve iniciar o inquérito policial.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 94.

²⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 143

²⁷ *Ibidem*, p. 140.

²⁸ *Idem*.

Contudo, se houver a instauração, uma vez iniciado, deverá ser procedido até o final. Na mesma seara encontra-se a dispensabilidade:

Da leitura de dispositivos que regem a persecução penal preliminar, a exemplo art.39, §5º, CPP, podemos concluir que o inquérito não é imprescindível para a propositura da ação penal. Se os elementos que venham lastrear a inicial acusatória forem colhidos de outra forma, não se exige a instauração do inquérito. Tanto é verdade que a denúncia ou a queixa podem ter por base, como já ressaltado, inquéritos não policiais, dispensando-se a atuação da polícia judiciária. Contudo, se o inquérito policial for a base para a propositura da ação, este vai acompanhar a inicial acusatória apresentada (art. 12, CPP)²⁹.

Mais adiante, o inquérito policial possui a autoridade, sendo a figura do delegado de polícia, como o presidente do inquérito policial, sendo ele a autoridade pública, de acordo com o que mencionou o parágrafo quarto do artigo 144 da Constituição Federal.

O princípio do delegado natural é mencionado neste aspecto pelos autores Alencar e Távora³⁰ no que diz respeito a coesão entre o juiz natural, promotor natural e defensor natural, configurando que o dispositivo reza sobre o inquérito policial que poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante fundamentação, quando houver motivo de interesse público ou quando inobservados os procedimentos previstos no regulamento da corporação pelo delegado inicialmente competente, prejudicando a eficácia da investigação³¹.

Por fim, avulta-se o caráter inquisitivo que será discutido no capítulo próprio a tratar do contraditório e ampla defesa e a inaplicabilidade no inquérito policial, com o consequente estudo sobre esses efeitos.

1.3 Valor Probatório

O inquérito policial possui conteúdo informativo, como ensina Capez³² em seu livro, sendo que a finalidade é a de fornecer ao Ministério Público e ao ofendido todos os elementos necessários para proceder com a proposição de ação penal. O valor probatório dos elementos colhidos para informar e provar a autoria e o delito para intentar com a ação penal, no âmbito do inquérito policial, não haveria o consequente contraditório e ampla defesa, o que é diferenciado quando se verificam as doutrinas favoráveis à aplicação do contraditório e da ampla defesa. Nem tampouco há a presença do juiz natural e imparcial durante o procedimento.

²⁹ Ibidem, p. 154.

³⁰ Idem.

³¹ Ibidem, p. 153.

³² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 23ª Ed., 2016, p. 158.

Capez traz a consideração:

Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual. Esse entendimento acabou por se tornar letra expressa do art. 155 do CPP, o qual dispõe que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”³³.

Portanto, conclui-se que com a ocorrida reforma processual, houve a evidente preocupação do legislador em limitar o princípio do livre convencimento do juiz, no que consta a ressalva de que a decisão não poderá pautar-se somente nas provas colhidas no inquérito, forma de acordo com a Constituição Federal de 1988, enquanto anteriormente constava uma maneira ampla de convencimento na antiga redação do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Os julgados a seguir demonstram o posicionamento consolidado dos tribunais:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. IRREGULARIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. IMPEDIMENTO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA. DENEGAÇÃO. 1. inquérito policial é mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti* do Parquet, simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, mesmo que existisse irregularidade nos inquéritos policiais, tais falhas não contaminariam a ação penal. Tal entendimento é pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo (...) ³⁴.

RHC - PROCESSUAL PENAL - INQUERITO POLICIAL - ADVOGADO - O INQUERITO POLICIAL E MERA PEÇA INFORMATIVA PARA EMBASAR EVENTUAL DENUNCIA. OS ELEMENTOS AI RECOLHIDOS, POR SI SOS, NÃO SE PRESTAM PARA AMPARAR EVENTUAL CONDENAÇÃO. DAI NÃO SER NECESSARIA A PRESENÇA DE ADVOGADO PARA ACOMPANHÁ-LO ³⁵.

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal pacífica no sentido de que o inquérito policial é peça meramente informativa e dispensável e, com efeito, não é viável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, porquanto as nulidades processuais dizem respeito, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados durante da ação penal. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento ³⁶.

³³ Idem.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas corpus* nº 2102 RR 1993/0021582-5. Rel. Min. Pedro Aciole. Julgado em 29 nov. 1993. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568120/habeas-corpus-hc-2102>. Acesso em 28 fev. 2019.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em *habeas corpus* nº 5909 SP. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 3 fev. 1996. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;rhc:1996-11-05;5909-144784>. Acesso em 28 fev. 2019.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 654192 PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 22 nov. 2011. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;are:2011-11-22;654192-4155041>. Acesso em 28 fev. 2019.

1.4 Atuação da Autoridade Policial

A autoridade policial, para Badaró³⁷, não se trata de uma atribuição pelo Código de Processo Penal de competência, sendo que é uma característica e propriedade destinada à autoridade judiciária. Porém, a expressão “competência” era empregada no artigo 4º do Código no sentido de atribuir um poder a um funcionário para este ter o conhecimento de que determinado fato ou assunto existe.

Com a alteração com a Lei nº 9.043, de 9 de maio de 1995³⁸, a redação do dispositivo passou a se referir: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”, excluindo o termo “competências”.

Badaró faz a consideração:

Todavia, esqueceu-se de corrigir o parágrafo único, que continua a se referir a “competência”. A circunscrição policial é uma parte ou porção territorial existente em determinada cidade, na qual alguma autoridade policial pode exercer a sua função de polícia judiciária. Equivale, em linhas gerais, à competência do juiz³⁹.

Desta forma, importante salientar que para a distribuição das atribuições das atividades da polícia judiciária entre as diversas autoridades policiais em um mesmo local, deve-se organizar por critério territorial e critério material. De qualquer forma, a autoridade policial quando for “competente” para um certo inquérito policial, a atribuição será *ratione loci* – quando se tratar, por exemplo, do local em que se consumou o delito – ou *ratione materiae* – referindo-se aos casos em que existem delegacias especializadas, como violência contra a mulher⁴⁰.

1.5 A posição do Juiz como Garantidor e não como Instrutor

Segundo a doutrina de Lopes Jr.⁴¹, há de se consagrar a posição do juiz frente ao inquérito policial como um juiz garantidor, não instrutor como procede no processo penal em si.

Como constata o autor, o Poder Judiciário é o Poder que traz a efetividade da tutela jurisdicional e a proteção dos direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2015, p. 112.

³⁸ BRASIL. Lei nº 9.043, de 9 de maio de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9043.htm. Acesso em 28 fev. 2019.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2015, p. 112.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016, p. 67.

1988. Assim, é preciso considerar que o fundamento da legitimidade e independência de atuação deste poder está ligado ao reconhecimento da função de garantir os direitos fundamentais, ou seja, o autor explica que “a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal”⁴².

O juiz, durante o processo penal, mantém-se afastado da investigação preliminar, como autêntico garantidor, sendo que se limita, nesta seara, ao exercício do controle formal da prisão em flagrante e a autorizar as medidas restritivas de direito, como as prisões cautelares, busca e apreensão e intervenções telefônicas. Estar alheio ao processo investigatório, para o autor, é uma forma de garantir a imparcialidade do juiz para o julgamento posterior.

Neste sentido, explica-se que o juiz não irá em momento algum orientar a investigação policial, tampouco presenciar os atos, como o depoimento e o colhimento de provas, mantendo uma postura alheia à atividade policial, não investigando e não existindo a figura de um juiz instrutor e, “por isso mesmo não existe a distinção entre instrutor e julgador”⁴³.

Daí por que nosso profundo rechaço ao disposto no inciso I do art. 156 (nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008), que permite ao juiz, de ofício, ordenar, antes de iniciada a ação penal (logo, na investigação preliminar), a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Como se percebe, além de caminhar em direção ao passado (juiz-instrutor), a reforma pontual maquiou o problema, utilizando critérios vagos e imprecisos (necessidade e adequação para que e para quem?) e o manipulável princípio da proporcionalidade (que com certeza será utilizado a partir da falaciosa dicotomia entre o [sagrado...] interesse público e o [sempre sacrificável] direito individual do imputado...)⁴⁴.

No que tange à intervenção do órgão jurisdicional é contingente e excepcional, se dando neste sentido de justificativa, pois o inquérito policial poderá iniciar, desenvolver-se e concluir-se sem a necessidade da intervenção do juiz, sendo que este não é um sujeito do procedimento inquisitivo policial e somente é chamado em excepcionalidades, para exigir uma autorização ou controle jurisdicional.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À FASE INVESTIGATÓRIA

O capítulo a seguir tem como escopo o estudo dos princípios constitucionais relacionados à fase investigatória com intuito de demonstrar o princípio do estado de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da verdade real e o princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

2.1 Princípio do Estado de Inocência

Este princípio, importante para o estudo do inquérito policial e o escopo buscado pelo trabalho, remonta o artigo 9º da Declaração dos Direitos Humanos do Cidadão, assinada em Paris em 10 de dezembro de 1948, preenchendo que “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”⁴⁵.

Pereira Neto preencheu em seu trabalho publicado:

O estado de inocência advém do próprio princípio do direito natural, fundamentado nas bases de uma sociedade livre, democrática, que respeita os valores éticos, morais, mas principalmente os valores pessoais, aqueles que têm por essência a proteção da pessoa humana. Tal instituto remonta ao Direito Romano. Durante a Idade Média este pressuposto foi fortemente atacado, neste período a presunção era de culpa e não de inocência. Se as provas não eram suficientes para libertar ou mesmo para prender o réu era condenado por suposição⁴⁶.

Além deste texto, o Direito Contemporâneo buscou trazer na Constituição Federal de 1988 brasileira a compreender o sistema aberto de regras, como abarcou Ferrari⁴⁷. O autor explica que a função do Direito Penal é o controle social, através de mecanismos simbólicos que tratam da prevenção e segurança, sempre em paralelo com a observância dos direitos e garantias do indivíduo frente ao Estado, constatando as liberdades individuais.

O princípio do estado de inocência está ligado à figura de que o investigado ou acusado está inserido no estado de inocência, antes que ocorra qualquer condenação e transitada em julgada, permanecendo no regular exercício dos seus direitos, não possuindo

⁴⁵ FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>. Acesso em 1 mar. 2019.

⁴⁶ PEREIRA NETO, Luiz Fernando. *O princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia*. Rio Grande do Sul: Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição, 2011, p. 99. Disponível em http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf. Acesso em 1 mar. 2019.

⁴⁷ FERRARI, Rafael. *O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal*. Rio Grande: Âmbito Jurídico, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829. Acesso em 1 mar 2019.

obrigações processuais com a justiça, exceto quando há poucas hipóteses de intervenções corporais legalmente previstas na legislação⁴⁸.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está presente no ordenamento jurídico brasileiro baseada principalmente na Constituição Federal de 1988. Inicialmente, no artigo 1º, inciso III trata de um dos fundamentos para a formação do Estado Democrático de Direito; no artigo 170 há a consideração de que toda a ação econômica tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna; por sua vez, a dignidade está determinando que o planejamento familiar é livre decisão do casal no artigo 226, parágrafo sétimo⁴⁹.

Mais adiante, no artigo 227, há a determinação de que caberá à família, à sociedade e ao Estado assegurar a vida digna da criança, do adolescente e do jovem. No artigo 230, há a clara previsão de que a família, a sociedade e o Estado terão o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo a dignidade e o bem-estar⁵⁰.

No plano internacional, constata-se a Declaração Universal de Direitos Humanos que estabelece a necessária proteção da dignidade humana por meio da proclamação dos direitos taxados no diploma, presente no artigo 1º a consideração de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁵¹ e o Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais⁵² da Organização das Nações Unidas, possuem idênticos reconhecimentos da dignidade da pessoa humana no preâmbulo. E a Convenção Americana de Direitos Humanos exige o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano no artigo 5º⁵³.

No que consiste, Ramos vêm a conceituar a palavra “dignidade” advinda de *dignus*, sendo aquilo que possui honra ou importância.

Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa,

⁴⁸ PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 9ª Ed., 2017, p. 555.

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 3 fev. 2019.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 1 mar. 2019.

⁵² BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 7 mar. 2019.

⁵³ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 1 mar. 2019.

bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc⁵⁴.

Explica o autor que tanto nos diplomas internacionais e nacionais como os citados acima, a dignidade humana é inscrita como um princípio fundamental ou geral, não como um direito autônomo, preenchendo a ideia de que a dignidade humana é uma categoria jurídica e que está na origem dos direitos humanos, conferindo o conteúdo ético. Além disso, Ramos consagra que a dignidade “dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer”⁵⁵.

Sobre a etimologia da palavra, além da destacada por Ramos, Agra⁵⁶ vem expondo que provém do latim *dignitas*, significando tudo aquilo que é digno de respeito, consideração e estima. Historicamente, na Antiguidade o autor descreve que o conceito de dignidade estaria ligado à pessoa com o mérito, podendo ser auferido pelo dinheiro, título de nobreza, capacidade intelectual etc. Já os gregos acreditavam que a diferenciação entre o homem e os animais era a capacidade de empreender o pensamento lógico e racional, utilizando linguagem própria e que se designa com a palavra *locus*, representando linguagem e a razão, advindo do respeito aos homens pela capacidade de distinguir-se dos animais.

Sarlet avulta a dignidade da pessoa humana na historicidade, a inserção na Constituição Federal e planos internacionais:

Por outro lado, assim como a dignidade humana ganhou em representatividade e importância no cenário constitucional e internacional, portanto, numa perspectiva tanto quantitativa quanto qualitativa, também se verificou, no plano da literatura (e não apenas no campo do Direito) e da jurisprudência, uma crescente tendência no sentido de enfatizar a existência de uma íntima e, por assim dizer, indissociável ligação entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais reconhecidos e protegidos na esfera do direito internacional e do direito constitucional, muito embora não exista – precisamente em virtude do relativamente recente reconhecimento da dignidade humana como valor de matriz constitucional! – na perspectiva da evolução histórica do constitucionalismo, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana⁵⁷.

Mais adiante, Tavares⁵⁸ em sua obra, após analisar diversos autores filosóficos da história, afirma que a dignidade do homem não abarca tão somente que o homem não poderá ser como um instrumento e sim, o homem é aquele capaz de escolher o caminho a ser seguido, efetuando, neste diapasão, decisões e tomadas de atitude sem a interferência direta de

⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 2018, p. 84.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 9ª Ed., 2018, p. 144.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6ª Ed., 2017, p. 284.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2017, p. 446.

terceiros ou do Estado – quando se tratar de liberdade –, enquanto se tratar do pensar e das decisões.

Completa as considerações do anterior doutrinador, Barcellos abarca que a dignidade humana é descrita como um fenômeno existente antes mesmo da ordem jurídica, havendo por ela incorporado com a evolução da sociedade. Sendo que, de forma geral e sucinta, a dignidade trata-se da ideia de reconhecimento dos seres humanos com o *status* diferenciados da natureza, possuindo um valor intrínseco e a titularidade de direitos, “independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica”⁵⁹.

2.3 Princípio da Verdade Real

A busca pela verdade real, como explica Badaró⁶⁰ é a “verdade judicial”, utilizada como por força de limitações legais que decorrem das regras sobre admissão, produção e valoração de prova, jamais sendo uma verdade absoluta. O que se trata neste princípio é a verdade necessariamente relativa, seja ela a de maior aproximação possível daquilo que se denomina “verdade”.

Completa o entendimento:

De qualquer forma, mesmo aceitando-se a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa. O juiz deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência - ou inoccorrência realizar a justiça no caso concreto. Nesse sentido, a relação entre verdade e prova não é uma relação de identidade, mas uma relação teleológica. Embora se adote um conceito de verdade como correspondência, isso não significa que a relação entre prova e verdade adotada seja uma relação conceitual ou de identidade absoluta⁶¹.

Para Pacelli e Fischer, não se pode mais aceitar, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, a expressão “verdade real”, pois trata-se de um perigoso engodo, “*real*, relativamente ao *fato*, é o fenômeno da vida já ocorrido. Não poderia haver jamais verdade no passado. A verdade judicial é sempre processual, repita-se. Reproduzirá apenas a certeza do juiz diante de determinado conjunto probatório⁶².

2.4 Princípio da Intervenção Mínima

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 157.

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2015, p. 378.

⁶¹ Idem.

⁶² PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 9ª Ed., 2017, p. 260.

A intervenção mínima, segundo Pacelli e Fischer, é aquela que presta a justificativa da modalidade de ação penal privada, sendo que é a que garante a ordem jurídica a orientação pelo postulado da vedação de excesso, considerando que o Direito Penal é a *ultima ratio*, há de ser reserva da valoração jurídico-penal nas mãos do ofendido.

A intervenção penal mínima, para os autores, portanto, deverá ser, logicamente, mínima e em última alternativa buscada pelas partes, dada a gravidade das consequências do processo penal, não havendo razão para se pretender distinguir entre infrações penais de interesse público e infrações de interesse prioritariamente privado.

Neste sentido:

Se há crimes cujo alcance (de danos e da resposta penal) não parece ultrapassar o interesse dos envolvidos, de que são exemplo eloquente, a nosso aviso, os chamados crimes contra a honra, a melhor solução não é a privatização da persecução penal, mas, muito ao contrário, a descriminalização da matéria. Direito Penal de intervenção mínima se justifica apenas para fins de proteção dos direitos fundamentais, e assim mesmo contra as graves violações a eles desferidas. Não se pode transformá-lo em panaceia (remédio para todos os males)⁶³.

A explicação é que o princípio da intervenção mínima, coaduna o artigo publicado por Oliveira⁶⁴, o Direito Penal é a *ultima ratio* do sistema jurídico, somente devendo intervir quando os casos de ataques considerados graves aos bens jurídicos protegidos. Já nas perturbações mais leves do ordenamento jurídico passam a ser responsabilidade de outros ramos do Direito.

Posto que o Direito Civil, Direito Ambiental, Administrativo etc., conseguem conter os ataques que estão direcionados a determinados bens jurídicos, não havendo a intervenção do direito penal, dessa forma que se diz que a intervenção penal deve ser a mínima possível, pois possui as formas de sanção mais agressivas, como a privação da liberdade de locomoção⁶⁵.

⁶³ PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 9ª Ed., 2017, p. 81.

⁶⁴ OLIVEIRA, Marcel Gomes de. *O Princípio da Intervenção Mínima na ótica da Ciência Total do Direito Penal*. Rio Grande: Âmbito Jurídico, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11069. Acesso em 1 mar 2019.

⁶⁵ Idem.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

No terceiro capítulo constata-se o estudo dos sistemas processuais penais em busca de caracterizar o sistema processual penal inquisitório, acusatório, misto ou inquisitivo garantista, avultando por fim a posição doutrinária presente na atualidade sobre a adoção do sistema adota no Brasil.

3.1 Sistema Processual Penal Inquisitório

Para início do tratamento do assunto em que ao longo do capítulo será sobre o sistema inquisitivo, acusatório e misto, este primeiro inquisitório, como denomina Lopes Jr.⁶⁶ é caracterizado como um sistema que foi evoluindo paulatinamente e acompanha um modelo histórico, afirmando o autor sobre a sobrevivência do modelo acusatório até o século XIII, o qual será analisado no subcapítulo seguinte, ocorreram diversas transformações no âmbito político e histórico caracterizando a substituição ao longo do século XIII até o XIV do sistema acusatório pelo inquisitório.

No âmbito das considerações de Nucci⁶⁷, o sistema foi utilizado em parte na Idade Média com grande sucesso, foi empregado a fim de combater os abusos que poderiam ser causados pelos senhores feudais e pela aristocracia que exercia poder sobre os vassalos ou as pessoas pobres que possuíam como mão de obra.

Neste cerne, configura a atitude de enviar aos juízes inquisidores em nome dos reis e que possuíam poder suficiente para emanar decisões em desfavor dos ricos que, eventualmente, cometiam abusos, ilegalidades e delitos graves e que não poderiam ser tratados com absoluta igualdade, aplicando a ideia da isonomia, segundo Nucci⁶⁸, tratar com desigualdade os desiguais e com igualdade os iguais.

Atuando contra ricos e poderosos, o processo penal jamais poderia lastrear-se, à época, em plena igualdade. Eis o motivo pelo qual o juiz inquisidor consegue amealhar provas, sem que as testemunhas se furtassem aos depoimentos, com temor de represálias, fazendo-o de maneira sigilosa, até que ficasse pronta a instrução. Assim, vítimas pobres poderiam ver a justiça ser realizada mesmo quando seus algozes fossem nobres ou afortunados⁶⁹.

⁶⁶ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 25.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 15ªEd., 2016, p. 75.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

Mais adiante, nos comentários de Lima⁷⁰ esse sistema foi adotado pelo direito canônico a partir do século XIII e se propagou por todo território europeu e empregado pelos tribunais civis até o século XVIII. Ainda neste contexto histórico, Dezem⁷¹ instrui que o surgimento do sistema inquisitório se encontra no direito penal romano inicialmente.

Em análise histórica importante, em algumas cidades atualmente ainda existem em praças públicas as esculturas em forma de cara de leão com a boca aberta, denominadas como *Boccas della Verità*, na tradução como a boca da verdade, Tourinho Filho⁷², afirma que o sistema inquisitivo foi predominante na região da Itália, Roma, Veneza, França, Alemanha, entre outros países do continente europeu.

Segundo as considerações abaixo, o sistema inquisitório tem como característica a função de acusar, defender e julgar.

Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor. Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade⁷³.

A consideração de Lima⁷⁴ que de fato há incompatibilidade latente entre as funções de acusar alguém e julgá-lo. Ainda critica o modelo e assevera que o juiz fica psicologicamente ligado ao fato que está acusando, perdendo sua imparcialidade e objetividade no julgamento do acusado.

Com esteio na obra de Alencar e Távora⁷⁵, dentro do sistema inquisitivo existe a figura única do juiz que compreende nas funções de acusar, defender e julgar, inexistindo o que é conhecido hoje como o contraditório e a ampla defesa, compreendendo um procedimento que tem o início da persecução, a produção de prova e prolação da sentença pelo magistrado.

Podem ser utilizadas as duas expressões, quais sejam: o sistema inquisitivo e sistema inquisitório, ambas são usadas na doutrina e possuem o mesmo significado.

Permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretenso interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais⁷⁶.

⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 17.

⁷¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 17.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 54.

⁷⁶ Idem.

Impende destacar as considerações de Dezem⁷⁷ que o sistema inquisitivo não há a separação dos sujeitos do processo como hoje temos conhecimento da sistemática, o juiz, portanto, não se separa da figura de perseguir, acusar e julgar como já verificado.

As principais características separadas por Lopes Jr.⁷⁸ compreende a gestão probatória do juiz, esta sendo como a principal protagonista no procedimento; ausência de separação das funções de acusar e julgar sendo uma característica latente e inerente ao sistema; violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, quando o juiz pode atuar de ofício em razão de uma situação; o juiz é considerado completamente parcial; inexistência de contraditório e ampla defesa e por última característica, há a desigualdade das armas e oportunidades de prova no bojo do procedimento.

Nucci assim coaduna com Lopes Jr.:

Por óbvio, o sistema inquisitivo, mesmo servindo a um lado positivo, apresentou várias falhas e deu ensejo a abusos. Um dos principais custos do referido sistema deu-se, justamente, no âmbito da inquisição promovida pela Igreja, à cata de hereges. Em lugar de combater a injustiça social, terminou por promover uma autêntica *caça às bruxas* (literalmente), sem a menor chance de defesa (*g.n*)⁷⁹.

Vale frisar, como nas alegações acima que este sistema sofreu grande crítica pela Revolução Francesa, como será visto a seguir e trouxe poder em mãos que começaram a rechaçar diversas atitudes e instrumentos que tão pouco eram considerados como crimes até então.

Como espantada a característica do sistema inquisitório, encontra-se entre elas a característica do juiz com o poder de requisitar de ofício a colheita de provas, podendo ser tanto no curso da investigação, como no curso do processo penal, neste sentido Prado, a seguir, critica a forma com que é abordada a questão do sistema inquisitorial e a abordagem parcial do juiz.

Desconfiado da culpa do acusado, o juiz investe na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova, que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão⁸⁰.

⁷⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

⁷⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 26.

⁷⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 15ªEd., 2016, p. 75.

⁸⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 3ª Ed., 2005, p. 218.

Possui, na visão de Lima⁸¹, a busca pela atividade probatória em reconstruir os fatos com objetivo de descobrir a verdade e afirma que a “gestão das provas estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse”⁸².

Da mesma forma, essa perseguição pela verdade e gerir provas que concretizem o fato está umbilicalmente ligado com a efetividade e a prestação jurisdicional, porém, o sujeito a ser acusado é aquele mais visto como um objeto do que o próprio sujeito de direitos, como é possível constatar na elucidação de Alencar e Távora:

O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da perseguição do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo⁸³.

Explica-se, portanto, que os direitos do indivíduo não são maiores do que o interesse coletivo, o que prejudicava a parcialidade do juiz e infere na forma de julgamento, demonstrando que os direitos individuais – e aqueles atualmente garantidos na Constituição Federal de 1988 – pouco representam a aplicação nesta sistemática.

Pode ser ainda, como nas considerações de Lima⁸⁴, que o sistema inquisitivo pode ser apreciado como um sistema rigoroso, secreto e que adota de forma ilimitada a tortura como meio probatório a fim de obter esclarecimentos, confissões e a busca pela “verdade”, pois neste modelo não há, como será visto durante a busca pelo atingimento do escopo deste trabalho, o contraditório e a ampla defesa.

Ainda no que se refere a este sistema, o autor Prado faz crítica ao modo com que sobrepõe o artigo 384 do Código de Processo Penal no que se refere aos oito dias para manifestação e produção de prova.

Um contraditório porventura instaurado nestes termos é irreal, pois não há reação possível se o ato de conformação da acusação não parte do adversário, mas do julgador, ou, de outra maneira, se o julgador se transforma em adversário. De que adiantará ao réu receber os autos do processo por oito dias para falar e, se quiser, produzir provas (artigo 384, caput, do Código de Processo Penal brasileiro) se está evidente que será condenado por furto?⁸⁵.

⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 18.

⁸² Idem.

⁸³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 54.

⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 18.

⁸⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 3ª Ed., 2005, p. 233.

À guisa das considerações acima destacadas, com arrimo, é possível verificar que o contraditório e ampla defesa dentro de um sistema inquisitivo – ou inquisitório – como este estudado, não há espaço para utilização, sendo que não há distinção entre acusador e julgador. Em um exemplo prático, seria colocar o juiz o como o próprio acusador – ou adversário, como Prado usou – sendo que seria irreal haver contraditório e ampla defesa realmente configurados nessas situações.

Elucida que o modelo começou a ser abandonado, como explica Lopes Jr.⁸⁶, quando na Revolução Francesa surge a maior preocupação e valorização do homem, enquanto os movimentos filosóficos começaram a refletir diretamente sobre os princípios do processo penal, iniciando a lenta produção de um sistema misto vivido até hoje.

3.2 Sistema Processual Penal Acusatório

Enquanto no sistema penal inquisitório, como visto acima, trabalha-se com as funções da acusação e de julgamento reunidas em uma figura de uma única pessoa, neste caso, na figura do juiz que é o acusador e o julgador, o sistema acusatório possui características diferentes.

Neste sentido, Pacelli⁸⁷ configura o sistema processual penal acusatório como aquele em que os papéis da persecução penal estão concentrados em pessoas ou personalidades distintas e somente terá início com o oferecimento da acusação.

Nas disposições de Lopes Jr.⁸⁸ o sistema processual constitucional vigente afirma que o sistema acusatório se caracteriza por haver clara a distinção das funções de acusar e julgar; possui então a inércia da jurisdição sendo que as partes devem provocar o juízo; a iniciativa probatória deve vir emanada das partes; o juiz assume a posição de uma terceira parte imparcial, alheio às investigações e passivo no que se refere à colheita das provas, sendo disponibilizado para sua apreciação aquilo que as partes decidiram comprovar; haverá o tratamento igualitário entre as partes sem que haja injustiças latentes no ordenamento jurídico.

Ainda nas características, Lopes Jr.⁸⁹ afiança que a regra do procedimento será instruído de forma oral; haverá predominância da publicidade dos atos processuais; o contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais no âmbito do processo penal brasileiro; a defesa e a possibilidade de resistência inclui como característica predominante; a

⁸⁶ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 26.

⁸⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 21ª Ed., 2017, p. 19.

⁸⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 26.

⁸⁹ Idem.

sentença advém do livre convencimento motivado do magistrado; atende aos critérios da segurança jurídica e da coisa julgada e por fim e não menos importante, o respeito ao duplo grau de jurisdição e a possibilidade de impugnar as decisões em razão de inconformismo com o julgamento.

Da mesma forma, Nucci assevera:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra⁹⁰.

Aqui a constatação do autor .

Visto isto, conclui-se o sistema acusatório constitui-se de maneira diferente do sistema inquisitório, trazendo à tona a ideia de duas figuras distintas em razão do acusador e da figura do juiz, concedendo igualdade entre as partes e a livre produção de prova. Concernente com o que afirma Lima⁹¹, há a nítida separação entre a defesa, o acusador e o julgador e ainda se aplicará o princípio da presunção da inocência.

Historicamente, o sistema acusatório tem sua origem no direito grego, como expõe os autores Alencar e Távora⁹², terá seu conhecimento mais precisamente na Grécia e na Roma no que expõe Dezem⁹³.

Em suma, o autor Dezem⁹⁴ assevera que existe divergência na doutrina acerca do que efetivamente integra o sistema acusatório, porém, um ponto entre os doutrinadores é semelhante e claro, há a efetiva separação das funções de perseguir, acusar e julgar.

No que tange às determinações de Lopes Jr.⁹⁵, cabe ao sistema acusatório a posição do julgador fundamentada no *non procedat iudex ex officio*, competindo às partes, portanto, a iniciativa do procedimento – além de todas acerca de provas – e afirma que é absolutamente incompatível com o sistema acusatório algumas atitudes que podem emanar do juiz.

A prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311); a decretação, de ofício, da busca e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem pedido do Ministério Público, pois isso

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 15ªEd., 2016, p. 76.

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 18.

⁹² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 55.

⁹³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 27.

viola também o Princípio da Correlação (art. 385); e vários outros dispositivos do CPP que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo⁹⁶.

Além da presente incompatibilidade com os exemplos acima explanados, verifica-se que essas determinações ferem o princípio do contraditório e da ampla defesa e também colabora com a presunção de haver parcialidade por parte do juiz, abandonando, portanto aquilo que o sistema acusatório planeja: a imparcialidade do julgador.

Pode-se apontar a prevalência do sistema acusatório na época romana antiga, ao mesmo tempo em que se pode encontrá-lo na legislação atual de vários países. Não é uma criação inédita do Iluminismo, tampouco um sistema infalível. Mesmo os ordenamentos jurídicos mais modernos, que adotam a prática acusatória como regra, terminam por acolher alguns aspectos do inquisitivo, no mínimo para a primeira fase da colheita da prova, pois mais eficiente e célere⁹⁷.

Nas considerações do autor citado acima, o sistema acusatório remonta a Roma antiga, o que não é uma construção inovadora em razão da proteção e da preocupação com o homem, mas não é um sistema completamente livre de decisões parciais e totalmente correto em sua visão.

Por esta razão, existe também o sistema o qual combina as duas formas de prosseguir com a persecução penal, sendo uma fase acusatória e outra inquisitória, é o sistema misto, presente no subitem a seguir.

3.3 Sistema Processual Misto ou Inquisitivo Garantista

Assume, conforme a posição de Pacelli⁹⁸, historicamente que surgiu no século XIX datando o ano de 1808 com o surgimento do *Code d'instruction criminelle*, outro modelo processual francês com características marcantes e bem definidas, já delineando o sistema acusatório penal.

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios⁹⁹.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 15ª Ed., 2016, p. 76.

⁹⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 21ª Ed., 2017, p. 19.

⁹⁹ Idem.

O nascimento, portanto, deste modelo misto é datado em 1808 como dito acima, esse código é conhecido também como o Código Napoleônico, conforme Lopes Jr¹⁰⁰., havendo duas fases durante o procedimento criminal, a primeira fase chamada de pré-processual seria de caráter inquisitório e a segunda fase seria caracterizada como um sistema acusatório.

Na consideração do autor se refere que essa definição “geralmente feita do sistema brasileiro (misto), pois muitos entendem que o inquérito é inquisitório e a fase processual acusatória (pois o MP acusa)”¹⁰¹.

Ainda na obra deste aclamado autor, afirma-se que alguns doutrinadores possuem nas suas teorias que no momento em que existe a figura do acusador e julgador em personalidades diferentes já será caracterizado o sistema acusatório. O que não é a verdade esta concepção, conforme o estudo pelos autores.

O sistema misto pode ser também chamado de sistema francês, como expõe Lima¹⁰², permitindo haver duas fases do processo, a primeira como uma fase escrita e secreta, sem acusação e com isso não há contraditório e em outro momento, há o caráter acusatório em que o réu precisa se defender das alegações e o juiz passa a julgar, vigorando os princípios da publicidade e da oralidade.

No que afirmam os autores Alencar e Távora¹⁰³, dissecando a persecução penal no sistema misto, verificou que possuem diversas etapas, quais sejam: a investigação preliminar que ficará a cargo da polícia judiciária; a instrução preparatória que será patrocinada pelo juiz instrutor; o julgamento e somente neste último acontecerá sob os princípios do contraditório e da ampla defesa; o momento do recurso, em que poderá ser reanalisado por outro órgão superior a decisão emanada em primeira instância, é o duplo grau de jurisdição.

Da mesma forma, Reis:

Nesse sistema há uma fase investigatória e persecutória preliminar conduzida por um juiz (não se confundindo, portanto, com o inquérito policial, de natureza administrativa, presidido por autoridade policial), seguida de uma fase acusatória onde são assegurados todos os direitos do acusado e a independência entre acusação, defesa e juiz. Tal sistema, inaugurado com o *Code d' Instruction Criminelle* (Código de Processo Penal francês), em 1908, atualmente é adotado em diversos países europeus e sua característica marcante é a existência do Juizado de Instrução, fase preliminar instrutória presidida por juiz¹⁰⁴.

¹⁰⁰ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 27.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 19.

¹⁰³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 57.

¹⁰⁴ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

Reis no destaque acima avulta que a sistemática mista é utilizada em diversos países europeus, possuindo uma diferença para o autor entre a condução de uma fase investigativa e a persecução preliminar e, posteriormente, a fase acusatória. O autor explica que na sua concepção, a fase preliminar investigatória não diz respeito ao inquérito policial presidido pela autoridade policial¹⁰⁵.

O autor Lopes Jr.¹⁰⁶ critica o pensamento tradicional acerca do sistema misto e faz algumas considerações. Neste diapasão alude que esse sistema deverá ser revisado por possuir uma visão reducionista, na medida em que todos os sistemas existentes não são puros e sim mistos.

Além disso, deve ser analisado o fundamento pelo qual o sistema é definido, se é o do sistema inquisitório ou do sistema acusatório; a visão reducionista acerca da divisão das figuras do acusador e do julgador não é o bastante para assegurar que um sistema seja acusatório, já que poderá colocar os poderes na mão do juiz em requisitar provas, decretar prisão preventiva de ofício ou decidir por uma condenação diante do pedido de absolvição emanado pelo Ministério Público e por fim, a última consideração é importante acerca da imparcialidade do juiz¹⁰⁷.

Neste sentido:

Concepção de sistema processual não pode ser pensada de forma desconectada do princípio supremo do processo, que é a imparcialidade, pois existe um imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos (conforme consolidada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos²¹), isto é, juiz que vai de ofício atrás da prova está contaminado (como explicaremos no próximo capítulo) e não pode julgar, pois ele decide primeiro (quebra da imparcialidade) e depois vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada (quebra da concepção de processo como procedimento em contraditório)¹⁰⁸.

Já no que defende Alencar e Távora¹⁰⁹, trata-se o sistema misto como o afastamento de um sistema completamente puro e em determinados momentos aproxima-se do sistema inquisitório e em outros momentos do sistema acusatório. Afirmam os autores que há a existência desse sistema misto, híbrido e eclético em razão das etapas com o qual é trabalhado o inquisitorial e a parte separada do acusatório.

Em outras obras conceituadas da doutrina, tem-se a definição do sistema misto como a denominação de um sistema inquisitivo garantista, sendo considerado um sistema acusatório

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 28.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 57.

e sistema inquisitivo mitigados, considerando a doutrina que ao mesmo tempo em que se verifica a preocupação com as garantias constitucionais e processuais, mas mantém diversos resquícios inquisitoriais incluídos.

3.4 Posição Doutrinária quanto ao Sistema adotado no Brasil

Verificou-se no estudo que não é unânime a decisão da doutrina no ordenamento jurídico brasileiro acerca do sistema processual adotado no Brasil. As doutrinas não são uniformes em deliberarem qual o sistema impera no processo penal e qual seria o mais correto, o que neste sentido, ocorrerá a explanação das diversas doutrinas e dos pensamentos dos autores que trouxeram suas opiniões e posições acerca do sistema penal.

À guisa de informações trazidas pela doutrina majoritária, o sistema penal acusatório tem os seguintes atributos no nosso ordenamento jurídico brasileiro, incluindo o contraditório e a ampla defesa, observando os presentes no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. Bem como, a oralidade, a busca pela verdade real e o estado de inocência, com escopo no artigo 5º, inciso LVII¹¹⁰.

Acompanha os princípios da oficialidade, da indisponibilidade do processo, da publicidade, conforme o artigo 792 do Código de Processo Penal, mesmo não sendo um princípio absoluto sofrendo restrições como as do artigo 792, parágrafo primeiro do próprio diploma, e por fim os princípios do juiz natural e da iniciativa das partes¹¹¹.

Neste sentido, outros autores ao longo do estudo abarcaram o sistema processual brasileiro ser o sistema misto, como afirma Nucci¹¹² e Lopes Jr.¹¹³ que ainda instruiu que o problema do sistema processual brasileiro é identificar o princípio fundamental.

O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal¹¹⁴.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 3 fev. 2019.

¹¹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 3 fev. 2019.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 15ªEd., 2016, p. 76.

¹¹³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 27.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 15ªEd., 2016, p. 76.

Ensina o argentino Binder¹¹⁵ que o processo penal brasileiro tem como sistema o acusatório formal, incorrendo em erro dos defensores do sistema misto, mas ainda conclui que essa denominação é a nova forma de chamar o sistema inquisitivo nos dias atuais.

Neste passo, também presente na Constituição Federal a polícia judiciária que fica encarregada com o dever de apreciar a investigação criminal e para essa fase, como introduziu Nucci¹¹⁶ não reflete a sistemática do sistema acusatório.

Assevera ainda o autor, no mesmo diapasão que os autores que acatam o sistema acusatório como sendo o presente no Brasil, que tem seus fundamentos em princípios processuais penais e cometem o equívoco de afirmarem ser o sistema brasileiro o acusatório somente, e ainda, conclui que a “adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde”¹¹⁷.

Impende destacar, nesta seara, o exemplo de autor que tem para si que o sistema do Brasil é o acusatório, conforme as lições de Lima:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes¹¹⁸.

A convicção do autor pauta-se na retirada da possibilidade do magistrado em tomar iniciativas acerca das provas e dos procedimentos a serem perseguidos durante a ação penal, devendo ficar a cargo do Ministério Público para promover atos de ofício na fase investigatória, diferindo entre os sujeitos processuais e a gestão da prova.

Outro autor que vem a se posicionar quanto ao sistema processual é Misse em seu artigo publicado em circular da revista Dilemas, publicado em 2010.

Do ponto de vista jurídico, o sistema brasileiro é, assim, teoricamente, acusatorial quando dispensa o juizado de instrução, mas na prática é misto, com parte das atribuições da instrução criminal sendo cumprida pela Polícia Judiciária, mediante inquérito policial que, teoricamente, seria apenas uma peça administrativa¹¹⁹.

¹¹⁵ BINDER, Alberto M. *Descumprimento das Formas Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 51.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017, p. 19.

¹¹⁹ MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: Resultados Gerais de uma Pesquisa*. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 3 - no 7 - JAN/FEV/MAR 2010 - pp. 35-50. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7199>. Acesso em 22 fev. 2019.

No que se refere Prado¹²⁰ a escolha pelo sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro é clara, pois foi posto pela Constituição Federal e a postura que as leis infraconstitucionais adotaram após a Carta Magna.

¹²⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 3ª Ed., 2005, p. 30.

4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

No presente capítulo serão apresentadas as evoluções e a historicidade do Código de Processo Penal e a sua modificação com o advento da Constituição Federal de 1988.

4.1 A linha inquisitorial probatória no Código de Processo Penal de 1941

Forçoso é perceber que o sistema inquisitorial, como já explanado no capítulo anterior, é um modelo histórico que originalmente relaciona-se à prova, como informa Lopes Jr.¹²¹, imperava o sistema legal de valoração, a tarifa probatória e a sentença não produzia coisa julgada material.

Como expõe historicamente o autor, no século XIII foi instituído pela Igreja Católica o “Tribunal da Inquisição” ou o “Santo Ofício”, a fim de reprimir situações e atitudes que fossem contra os ditames da igreja e que viessem a criar dúvidas sobre os mandamentos instituídos pela doutrina.

No caso ora em estudo, Lopes Jr. relata que eram recrutados os fiéis mais árdios a delatar as desordens e manifestações contrárias à igreja, estabelecendo comissões mistas e encarregadas de investigar e seguir o procedimento.

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu¹²².

Nesta visão, Nucci¹²³ expõe que aos autores que consagram o sistema acusatório puro como o adotado pelo Brasil estão incorrendo em erro, pois é algo bem distante da realidade brasileira e no ordenamento jurídico atual, sendo que afirmar que só possui a pureza do sistema acusatório não é correto.

Com arrimo, o autor elucida que não é dessa maneira que irá se construir um sistema persecutório válido e que cause autenticidade à investigação e ao julgamento, devendo ser formado por princípios constitucionais e princípios de processo penal associados às legislações ordinárias.

Não há como negar o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP), resultando, legitimamente, no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida, trata-se de

¹²¹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 26.

¹²² Idem.

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 15ªEd., 2016, p. 76.

um sistema complexo, pois é o resultado de um Código, cuja alma, em seu nascedouro, possuía forte natureza inquisitiva, depois iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório¹²⁴.

O discurso do sistema inquisitivo, neste diapasão, é a efetividade da prestação jurisdicional, a garantia da celeridade processual e a necessidade de criar a sensação de segurança jurídica, colocando o réu como mero figurante a um processo de absoluta sujeição, sendo mais um objeto do processo penal do que um sujeito de direitos, na visão de Alencar e Távora¹²⁵.

Asseveram os autores que o intuito do sistema inquisitório é trazer a prevalência do interesse maior da sociedade em busca de justiça do que satisfazer os direitos e garantias de um indivíduo, sendo que o primeiro sobressai em relação ao segundo.

Foram nestes ditames e influenciado por essas teorias que o Código de Processo Penal, conhecido como o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941¹²⁶, foi publicado pelo até então presidente Getúlio Vargas.

O sistema penal brasileiro tem suas influências no Direito Português, como expõe no seu estudo o autor D'Oliveira¹²⁷, afirmando que a expressão “sistema normativo” refere-se à delimitação de um conjunto de normas que foram utilizadas no Brasil desde o seu descobrimento em 1500.

Com as demais evoluções, passando pelas ordenações portuguesas, afonsinas, filipinas, já na República tem-se o crescimento de leis criminais e a necessidade de haver a promulgação de um novo código penal, conforme as explanações de D'Oliveira:

A parte geral que trata dos princípios básicos do direito penal foi totalmente reformada no ano de 1984, através da lei nº 7.209 de 11 de junho, sendo que esta reformulação se deu com o acréscimo de novos conceitos, e a nova consolidação do sistema de cumprimento de penas, progressão de regime, regressão, penas alternativas, prestação de serviços à comunidade e restrição de direitos, e ainda a lei 7.210, com a mesma data de aniversário reformulou amplamente e positivamente a lei execução penal – LEP¹²⁸.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 54.

¹²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

¹²⁷ D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. *A história do direito penal brasileiro*. Publicado em dezembro de 2014. Disponível em <http://revista.faculadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/viewFile/410/367>. Acesso em 27 fev. 2019. Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade, vol. 5, nº 2.

¹²⁸ Idem.

O Código de Processo Penal de 1941 seguiu então a linha de raciocínio do sistema inquisitivo. Neste sentido, é oportuna a transcrição de Alencar e Távora¹²⁹ quando elucidam que o Código de Processo Penal brasileiro foi inspirado no Código Rocco de 1930, da Itália, que possuía grande corrente fascista em seu interior. Preponderava a ideia no bojo deste código que o juiz estaria hierarquicamente superior às partes que compunham a relação jurídica. A grande característica neste sistema é a falta de imparcialidade pelo juiz no julgamento.

Insta esclarecer, na obra de Coutinho¹³⁰ por trás do Código Rocco havia o Código de Napoleão, de 17 de novembro de 1808, que trabalhava, em tese, com um sistema misto, mas era em sua essência um sistema inquisitorial, não havendo imparcialidade do juiz no julgamento e no colhimento das provas, sendo considerado à sua época, uma fraude à democracia processual.

Cumprir analisar que todos os sistemas totalitários como os nazistas, fascistas e soviéticos chamavam seus sistemas como democráticos, gozando de injustiças e barbáries sempre em nome da dita verdade e das boas intenções dos inquisidores¹³¹.

Ainda nas considerações do autor, o processo “regido pelas precitadas *Ordonnance Criminelle* de Luís XIV tinha todos eles e foi, quem sabe, o maior monumento inquisitorial laico da história da humanidade”¹³².

Foi adotado, portanto, no Brasil o Código Italiano de 1930, em época de uma ditadura e jogos do poder do império, na visão do autor, foi oportuno quando em 1871 quando substituída a denominação de Juizado de Instrução para Inquérito policial, o que não mudou em nada o caráter inquisitivo desta fase de colhimento de provas, afirmando Coutinho¹³³ que o Código de Processo Penal é um Sistema Misto, com a sua base no sistema inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do sistema acusatório.

Na obra de Misse¹³⁴, há o escopo de tratar o Código de Processo Penal de 1941 como aquele que suprimiu o sumário de culpa e a pronúncia, o que poderia até ser considerado

¹²⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 55.

¹³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente marcado*. Brasília a. 46 nº 183 julho/set.2009, p. 8. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>. Acesso em 13 fev. 2019.

¹³¹ Idem.

¹³² Idem.

¹³³ Idem.

¹³⁴ MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: Resultados Gerais de uma Pesquisa*. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 3 - no 7 - JAN/FEV/MAR 2010, p. 38. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7199>. Acesso em 13 fev. 2019.

inconstitucional, face a vigência da até então Constituição de 1937¹³⁵ que assegurava, à exceção de flagrante delito, a prisão que poderia ser efetuada após a pronúncia.

No que consiste este dispositivo, Misse¹³⁶ afirma que neste período da Constituição de 1937 e da redação do processo penal de 1941, é a inexistência básica de contraditório na formação da culpa por meio do inquérito policial, além de não existir a separação entre investigação e o procedimento de denúncia.

É considerado por Prado¹³⁷ que este período não poderá ser compreendido como evolução do direito, pois o Código adveio de uma era de autoritarismo e não está eivado de um sistema acusatório e sim, inquisitório. Asseverando que, a filosofia a qual está inserido se trata de um instrumento de segurança política e segurança pública para o Estado, além disto, não há as devidas previsões que existem na atual constituição brasileira cidadã de 1988.

Seguindo o seu sistema adotado, o Código de Processo Penal de 1941 atribuiu ao juiz a gestão da prova e com a possibilidade de produção de prova sem a necessidade de provocação das partes.

Conferindo-lhe poderes como os de iniciar ação penal através do procedimento denominado judicialiforme (sem observar o princípio *ne procedat iudex ex officio*), de controlar a função investigatória mediante a fiscalização do arquivamento do inquérito policial e de modificar não só a capitulação dada ao fato imputado pelo Ministério Público (*emendatio libelli*), mas também o de tomar a iniciativa para dar novo enquadramento jurídico ao fato narrado, provocando o órgão acusatório a aditar a inicial (*mutatio libelli*)¹³⁸.

Já a Constituição Federal de 1988 foi inspirada no direito grego, sendo o seu modelo o sistema acusatório, colocando o Ministério Público como o promotor da ação penal possuindo esta atividade como privativa de suas ações, gerando diversas mudanças e considerações a serem vistas no capítulo a seguir.

4.2 Alterações do Código de Processo Penal em 2008 e seus reflexos

¹³⁵ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 6 mar. 2019.

¹³⁶ MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: Resultados Gerais de uma Pesquisa*. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 3 - no 7 - JAN/FEV/MAR 2010, p. 39. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7199>. Acesso em 13 fev. 2019.

¹³⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 3ª Ed., 2005, p. 223.

¹³⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 55.

Importante mencionar que o Código de Processo Penal tem datado como outubro de 1941, o que conforme as explicações de Dezem¹³⁹, houve profunda modificação legal no sistema brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, como visto acima.

Entre outras disposições, o intercâmbio entre os países que adveio da globalização, da maior interação entre as ideias e filosofias de cada espaço territorial, o envolvimento entre a ordem internacional e ordem nacional trouxe grandes reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, cumpre analisar Dezem¹⁴⁰ os tratados internacionais firmados pelo Brasil e incorporados no sistema brasileiro, trouxe diversos conflitos legislativos que precisam ser explanados no presente capítulo.

As características conferidas ao Código de Processo Penal com diversas influências do sistema inquisitivo, como verificado no subitem acima, demonstrou que ainda encontram consonância nas reformas que o Código sofreu a partir do ano de 2008.

No dia 09 de junho de 2008 foi publicada a Lei nº 11.690¹⁴¹ que alterava e colocava em pauta novamente a discussão da participação judicial na fase probatória do processo penal.

Trabalhando as alterações do Código de Processo Penal, antes da citada lei que alterou os artigos 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386, o texto, logicamente era diferente, neste sentido, serão analisados, em busca de demonstrar a adequação ao sistema acusatório.

Antes de ser alterado o artigo 155 constava o seguinte texto: “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. Com a sua alteração passou a sua vigência diante da seguinte redação.

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas¹⁴².

Adicionando o parágrafo único no bojo do artigo que trata que somente em relação ao estado das pessoas serão observadas as leis civis estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Já o artigo 156 possuía como redação anterior à reforma da seguinte maneira: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou

¹³⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 9.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 - Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

¹⁴² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, artigo 155. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 27 fev. 2019.

antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante¹⁴³.

Em lógica da decorrência dos fatos o artigo foi alterado trazendo a inclusão de dois incisos e Alencar e Távora¹⁴⁴ expõem que a gestão das provas, presentes no inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, confere ao magistrado a possibilidade de vir a ordenar de ofício a produção de provas, mesmo antes que iniciada a ação penal, quando estas forem consideradas urgentes ou relevantes, observando na medida da exposição dos autores sempre em razão da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

No que trouxe Hallmann¹⁴⁵, não existe qualquer outra forma de interpretação se não a conclusiva que leva a ideia de que o juiz poderá *ex-officio* de participação da proteção probatória somente nos casos em que tenha convicção da inocência do acusado.

O dispositivo mencionado é de duvidosa constitucionalidade, consoante vem se manifestando parcela considerável da doutrina, mormente porque não passa pelo filtro norteado pelo modelo constitucional de processo traçado pela Constituição de 1988. Assentadas as ideias do sistema inquisitivo e verificada sua presença na sistemática do Código de Processo Penal, cabe o exame do sistema oposto, o acusatório, com o fito de adequar a interpretação do seu texto com a Lei Maior¹⁴⁶.

Analizando o artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, Coutinho¹⁴⁷ assevera que o juiz, neste sentido, haverá uma liberdade probatória igualmente grandiosa, podendo fazer quase tudo o que ele pretender, havendo uma consideração por esse motivo explanado que a sociedade da civilização ocidental é adepta do sistema acusatório, não pelo modo de agir, mas simplesmente pelo modo de pensar e porque não são juízes e sim simplesmente humanos.

No que trabalha Hallmann¹⁴⁸ a interpretação do artigo 156, inciso I que o juiz poderá interferir na produção probatória somente quando tiver convicção da inocência do acusado tem sua justificativa na dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 55.

¹⁴⁵ HALLMANN, Júlio César dos Santos. *A Gestão Probatória no Processo Penal e a Lei nº 11.690/2008*. CCHJ/Univates. Revista Destaques Acadêmicos, ano 1, nº 2, 2009, p. 66.

¹⁴⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 55.

¹⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente marcado*. Brasília a. 46 nº 183 julho/set.2009, p. 9. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>. Acesso em 13 fev. 2019.

¹⁴⁸ HALLMANN, Júlio César dos Santos. *A Gestão Probatória no Processo Penal e a Lei nº 11.690/2008*. CCHJ/Univates. Revista Destaques Acadêmicos, ano 1, nº 2, 2009, p. 66.

Neste caminho, o autor abarca que não haveria prejuízo ao acusado se o processo penal caminhar para a produção de provas para captar a sua inocência diante dos fatos e ao julgar, agir com justiça, podendo absolver o réu por afirmar que não concorreu, diante do fato concreto, “para o delito imputado, caso em que estaria se aplicando o princípio do estado de inocência com o princípio da busca pela verdade real, ambos manejados pelo princípio da proporcionalidade”¹⁴⁹.

O artigo 157 foi alterado, antes continha que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas. Com a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, é trazido também ao processo penal no presente artigo outra redação em razão deste tema, acompanhando a Constituição Federal de 1988.

São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente¹⁵⁰.

Os outros artigos modificados foram os artigos 159 que acerta sobre o exame de corpo e delito, apresentando que deverá ser um perito, portador de diploma de curso superior a efetuar-lo e mais adiante em razão dos artigos 201, 210, 212 e 217 tratam do ofendido e dos seus direitos durante a persecução penal.

A crítica com a qual trabalha Prado¹⁵¹ é que o Brasil, mesmo com um advento de uma Constituição, possuindo as tantas características em proteção de direito e garantias fundamentais, não alterou genuinamente o Código de Processo Penal.

A simetria entre processo inquisitório e regimes autoritários não é gratuita e não se fixa exclusivamente nos regimes políticos, inscrevendo-se na cultura dos povos. Não por acaso o Brasil resiste como um dos poucos Estados da América do Sul a ter ultrapassado a fase de transição democrática sem ter editado um novo Código de Processo Penal em seguida à sua Constituição¹⁵².

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, artigo 157. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 27 fev. 2019.

¹⁵¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 3ª Ed., 2005, p. 224.

¹⁵² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 3ª Ed., 2005, p. 224.

Propõe o autor, portanto que, não é apenas a mudança de artigos que irá trazer a mudança de sistemas inquisitórios ao sistema acusatório da Constituição Federal de 1988, e sim, uma mudança completa e um redimensionamento do processo penal ao todo.

4.3 Eleição Constitucional do Sistema Acusatório

É imperioso destacar que a Constituição Federal de 1988 aderiu ao sistema acusatório ao invés do antigo sistema adotado pelo Processo Penal em razão do sistema inquisitório.

No que introduz Misse¹⁵³, no Brasil e apenas no Brasil que a solução é mista e ambivalente em razão do sistema processual penal, afirmando que na persecução criminal cabe à polícia a investigação preliminar e também o aprofundamento desta, enquanto existir ainda a instrução processual.

Porém, em razão das diversas dissonâncias e imprecisões quando se verifica no artigo 58, parágrafo terceiro do texto constitucional, como expõe Moraes¹⁵⁴ que as comissões parlamentares de inquérito terão poder de investigação próprio das autoridades judiciais, uma vez que ordenamento jurídico o sistema adotado é atribuída a tarefa de investigação e julgamento em diferentes órgãos para garantir a imparcialidade do julgador, havendo o papel separado entre o juiz e o órgão acusador, não ocorrendo nas investigações no bojo das CPIs.

Na visão da autora Luz¹⁵⁵ em sua concepção não existe no ordenamento jurídico penal elementos precisos, abstratos e universais que permitam dar o conceito ao sistema brasileiro como o do acusatório.

Crítica a autora quando cita que o Código de Processo Penal é autoritário, utilitarista e antigarantidor dos direitos fundamentais e garantias constitucionais presentes atualmente no contexto legislativo, diante dos diversos tratados internacionais que o Brasil ratificou inserindo em seu ordenamento jurídico.

Esse erro incorre na forte tradição de sustentar que a legislação ordinária poderá permanecer, mesmo sendo totalmente contra a Constituição Federal, quando esta não ferir em si os preceitos e direitos fundamentais contidos nela.

¹⁵³ MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: Resultados Gerais de uma Pesquisa*. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 3 - no 7 - JAN/FEV/MAR 2010, p. 35. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7199>. Acesso em 13 fev. 2019.

¹⁵⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 32ª Ed., 2016, p. 691.

¹⁵⁵ LUZ, Denise. *A Opção Constitucional por um Sistema Acusatório: Algumas breves reflexões sobre o inquérito policial na reforma do Código do Processo Penal*. Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição, 2011, p. 51. Disponível em http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Denise_Luz.pdf. Acesso em 27 fev. 2019.

Tal escolha em relação ao modo e ao critério de aplicação do direito processual penal é uma questão de democracia. Os operadores e aplicadores do Direito precisam assumir suas responsabilidades éticas e políticas pela implementação da democracia (substancial) como o regime estatuído pela Constituição de modo vinculante e dirigente. A Constituição deve constituir a ação do Estado. Por isso, o processo penal só encontra legitimidade na instrumentalidade constitucional, garantidora dos direitos fundamentais¹⁵⁶.

É importante concluir, portanto, que é necessária e urgente uma mudança no Código de Processo Penal que seja adequado ao sistema presente na Constituição Federal, sem desrespeitá-la e melhorando cada vez mais a celeridade e o processo penal, garantindo de forma justa e precisa um julgamento pelo magistrado, sem haver a parcialidade explorada de forma com que hoje há margem para tanto.

¹⁵⁶ Idem.

5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL

O capítulo apresentará a previsão constitucional do direito ao contraditório e ampla defesa, inserindo conteúdo histórico sobre o surgimento para melhor conceituação, bem como, a forma da defesa técnica atrelada ao inquérito policial e posicionamento da doutrina quanto às teorias que são abarcadas com o não uso da aplicação do contraditório e da ampla defesa.

5.1 Direito ao Contraditório e Ampla Defesa

Historicamente, para muitos autores, como expõe Fernandes¹⁵⁷, o surgimento da proteção estatal ao devido processo legal advém de uma complexa história ocidental que tem as raízes na França com a Magna Carta de 1215. O autor explica que foi por meio do pacto estabelecido entre o Rei João e os barões reconheceu uma série de privilégios que estariam envolvidos do capítulo 39 do texto, afirmando que nenhuma pessoa que fosse detida ou presa, seria privada dos seus bens, banida ou exilada ou, de qualquer modo, prejudicada, o Estado não agiria ou mandaria agir contra a pessoa, senão a instituição de um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.

Fernandes¹⁵⁸ explicou que a partir desse modo, os privilégios que seriam consagrados não poderiam ser cassados ou revogados de forma unilateral – como ocorria anteriormente, pela simples vontade e desejo do Rei –, de modo que o dispositivo vinculou a autoridade a agir em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação, mas também, vinculou que os direitos só poderiam sofrer limitações em conformidade com “a lei da terra” (*law of the land*), remetendo à ideia de direito costumeiro, sendo aquele decorrente de sedimentações de decisões judiciais anteriores, funcionando como uma limitação da ação legislativa do Rei ou do Parlamento em ascensão.

Importante, ainda, creditar aos julgamentos de Lord Coke (*Chief Justice da Court of Common Pleas*), no início do século XVII, e aos escritos de William Bladistone (*Commentaries on the Laws of England*), no século XVIII, a solidificação da proteção jurisdicional ao devido processo legal, agora no sentido de garantia de um juízo imparcial, com garantia do contraditório entre as partes, direito de defesa e de recursos a fim de que os julgamentos pudessem atingir o maior grau de “justiça” possível; e ainda, como limite material aos atos das autoridades públicas¹⁵⁹.

¹⁵⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 9ª Ed., 2017, p. 515.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Idem.

O autor ainda divulga que a Constituição Norte-Americana de 1787 aderiu ao devido processo legal por meio das Emendas V e XIV, garantindo a necessidade de um processo, entendido como o transcurso imparcial dos atos procedimentais, para que alguém seja privado de sua vida, propriedade ou liberdade, vedando, assim, qualquer possibilidade de decisão política legislativa sobre esses temas.

Sobre o Brasil, Fernandes consagra que a Constituição se abre com a afirmação “de se constituir como um Estado Democrático de Direito, revelando, assim, uma constante preocupação com o exercício legítimo do Poder Público e, por isso mesmo, denotando uma forte preocupação com o processo como instituto jurídico garantido dessa legitimidade”¹⁶⁰.

O contraditório e a ampla defesa estão presentes na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LV que ampliou o direito de defesa assegurando aos litigantes, tanto no interior do processo judicial como no administrativo, bem como garantindo aos acusados em geral, de acordo com os meios e os recursos a este instituto inerente¹⁶¹.

De acordo com Tavares, a ampla defesa “é o asseguramento de condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe”¹⁶². O autor em questão avulta que as cláusulas que integram a garantia da ampla defesa encontram, inclusive, o direito à defesa técnica, com o intuito da garantia da paridade das armas (*par conditio*), evitando o desequilíbrio processual, a desigualdade e as injustiças processuais. Nesta seara de proteção, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no *habeas corpus* nº 68926 MG que “a presença formal de um defensor dativo, sem que a ela corresponda a existência efetiva da defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas”¹⁶³.

Ainda na esfera do Supremo Tribunal Federal, a Súmula nº 523 dispõe que “no processo penal, falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só anulará se houver prova do prejuízo para o réu”¹⁶⁴.

Segundo a Corte, no âmbito do processo penal, o escopo do trabalho, o direito à informação do que consta no bojo do processo implica que as imputações não poderão ser “indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas (...) ou deficiente”¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 14 mar. 2019.

¹⁶² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2017, p. 637.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas corpus* nº 68926 MG. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 10 dez. 1991. Publicado em 28 ago. 1992. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2904323/habeas-corpus-hc-68926-mg>. Acesso em 14 mar. 2019.

¹⁶⁴ BRASIL. Súmula 523. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em 14 mar. 2019.

E ainda completa o entendimento:

O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas a garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia - enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal - constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria *res in judicio deducta*. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa¹⁶⁶.

O Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões que abarcaram a busca pela garantia do contraditório e ampla defesa de forma clara e concisa, mas que, como o caso do *habeas corpus* nº 68412, oferece a posições sobre o não impedimento de comparecer aos atos, mas sobre a cientificação que será ausente, afirmando, portanto, que o “acusado revel, embora não fique impedido de comparecer aos atos processuais supervenientes à configuração da contumácia, perde, no entanto, o direito de ser cientificado para qualquer novo ato do procedimento penal-persecutório”¹⁶⁷.

Constata-se que a ampla defesa integra o direito de ser informado da acusação inicial, sendo que é praticamente um pressuposto para que seja efetivado o direito de defesa, como explicou Tavares¹⁶⁸, configurando que a acusação deve ter todos os fatos arrolados, como por exemplo, o impulso oficial e dos demais atos das outras partes, envolvendo o direito à publicidade ou, quando caso for sigiloso, o direito de acesso que é consagrado em situações que ensejam o segredo de justiça.

Em suma, o contraditório para o autor será em decorrência direta da ampla defesa, podendo afirmar que o princípio do contraditório é vinculado ao princípio maior da igualdade substancial e, assim, todo o ato ou fato que será produzido ou reproduzido durante o processo por qualquer uma das partes, deverá ensejar no direito da outra se opor, debater, produzir

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *Habeas corpus* nº 70763 DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 28 jun. 1994. Publicado em 23 set. 1994. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747821/habeas-corpus-hc-70763-df?ref=juris-tabs>. Acesso em 14 mar. 2019.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas corpus* nº 68412 DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 11 dez. 1990. Publicado em 08 mar. 1991. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;hc:1990-12-11;68412-1508605>. Acesso em 14 mar. 2019.

¹⁶⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2017, p. 637.

provas ou fornecer a sua versão, interpretação ou experiência sobre o ato ou fato apresentado¹⁶⁹.

O contraditório atualmente, considera Fernandes¹⁷⁰, não pode ser somente compreendido como aquele direito de ser ouvido pelo juiz ou pelo direito à bilateralidade da audiência, como insistem as teorias tradicionais, critica o autor. Neste sentido, afirma que o contraditório é aquele que possui simetria e paridade entre as partes na preparação do provimento e, para isso, remete à importância de ter em mente que o contraditório é a garantia das partes, ou seja, daqueles que se destinam os efeitos do provimento. Inobservar tal direito representará nulidade de modo que deverá sempre ser garantido.

O devido processo legal está diretamente ligado a este direito, como expõe:

A noção de devido processo legal, então, deve abarcar não apenas o princípio do contraditório,^{32º} como ainda outros princípios, sendo eles: ampla defesa, direito ao recurso, juízo natural, direito ao advogado, entre outros. Por isso mesmo, (...) os princípios processuais uma vez consagrados nos textos das Constituições contemporâneas - a Constituição de 1988 não é uma exceção, vide o art. 5º, LIV - traçam um esquema geral de processo (modelo constitucional do processo). Logo, a noção de devido processo ultrapassa a esfera da legalidade, como conjunto de normas infraconstitucionais, e se insere à órbita da constitucionalidade, permitindo a afirmação não mais de um "devido processo legal", mas agora de um devido processo constitucional¹⁷¹.

Na mesma seara de entendimento, o direito ao contraditório preceitua a igualdade que deve ser observada em qualquer processo, de acordo com Vasconcelos¹⁷², deve assegurar às partes o direito de ação e o direito de defesa, inclusive, no que se refere à informação (ciência) dos acontecimentos do processo. Já a ampla defesa, para o autor, é aquela que será concretizada a todo litigante e acusado, por meio do direito de verificar os requisitos de autodefesa, dando a oportunidade de convencer o juiz e presenciar todos os atos do processo, participando deles; além da defesa técnica, já mencionada anteriormente; a prova legalmente obtida e produzida; a assistência jurídica integral e gratuita nos termos do inciso LXXIV do artigo 5º.

A obra de Sarlet considera que o contraditório, previsto conjuntamente com a ampla defesa, constitui-se como o instituto inato do processo:

Previsto conjuntamente com o direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), o direito ao contraditório constitui a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável de qualquer ideia de administração organizada de Justiça, funcionando como verdadeiro "*cardine della ricerca dialettica*" pela justiça do caso concreto. Tamanha a sua importância que o *próprio conceito de processo* no Estado

¹⁶⁹ Ibidem, p. 638.

¹⁷⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 9ª Ed., 2017, p. 519.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² VASCONCELOS. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 4ª Ed., 2017, p. 308.

Constitucional está construído sobre sua base. O direito de ação, como direito ao processo justo, tem o seu exercício balizado pela observância do direito ao contraditório ao longo de todo o arco procedimental. É fácil compreender, portanto, a razão pela qual a doutrina nele enxerga uma verdadeira *Magna Charta* do processo judicial (*Magna Charta des gerichtlichen Verfahrens*)¹⁷³.

Na seara do processo penal, Lopes Jr. consagra que o contraditório será tratado como método de confrontação da prova e da comprovação da verdade, sempre fundamentando-se sobre o conflito e não sobre um juízo potestativo, disciplinado, portanto, sobre o ritual entre as partes contrapostas, ou seja, a acusação – expressão do interesse punitivo do Estado – e a defesa – a expressão do interesse do acusado e da sociedade em ficar livre de acusações infundadas e evitando penas arbitrárias e desproporcionais –, neste sentido, “é imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo”¹⁷⁴.

O conceito destacado por Almeida¹⁷⁵ acarreta na definição clássica sobre o contraditório que afirma se tratar de uma ciência bilateral dos atos e termos do processo penal, bem como, a possibilidade das partes em contrariá-los. Já La China¹⁷⁶, assevera que se destaca no procedimento penal os dois aspectos fundamentais para a garantia do princípio do contraditório: o direito à informação e a reação, trazendo os elementos que são base para a definição usual da doutrina nacional, acolhendo essa conceituação de que o contraditório é a informação necessária para haver a possibilidade de reação.

Em face dessa contingência, insta destacar a visão de Badaró que elucida sobre a questão processual que envolve o contraditório e as questões de direito em que o contraditório e a ampla defesa devem ser observados:

A releitura das regras processuais que concretizam o princípio do contraditório exige uma interpretação que assegure ao máximo a efetividade e a plenitude do contraditório, com ampla e igualitária atuação das partes e do próprio juiz. Esse contraditório pleno e efetivo traz como consequência a necessidade de reação que deve ser estimulada, não mais se satisfazendo com a mera possibilidade (...) O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros. (...) Embora o contraditório esteja mais intensamente ligado ao aspecto fático do processo, incluindo as atividades argumentativas e probatórias, sua aplicação também atinge as questões de direito. E não há razão para que o contraditório não se aplique também a tais matérias¹⁷⁷.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6ª Ed., 2017, p. 894.

¹⁷⁴ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 2016, p. 53.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 110.

¹⁷⁶ LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del código di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 394.

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2015, p. 52.

Essas duas definições acima mencionadas apresentam conteúdos condizentes com a ciência bilateral dos termos e dos atos do processo, correspondendo à necessária informação e participação das partes, apresentando a possibilidade de contrariá-los em possíveis reações aos atos e decisões desfavoráveis. Os conceitos destacados ao longo do capítulo captam a necessidade e obrigatoriedade, abarcada principalmente na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal, para informar aqueles que poderão reagir.

5.2 Direito de Defesa Técnica e Pessoal no Processo Penal

Durante o inquérito policial, como já visto e será analisado mais a frente no estudo da aplicação do contraditório e da ampla aplicado ao procedimento investigativo, é preciso considerar as garantias do defensor, o acesso do advogado aos autos do inquérito.

Assim, o defensor atua conforme uma série de garantias que a ele são atribuídas, permitindo a completa independência da autonomia em relação ao juiz, promotor ou autoridade polícia, sendo que a Constituição Federal de 1988 atrai o artigo 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável seus atos e manifestações enquanto estiver no exercício da profissão, analisando os limites da lei.

Durante o inquérito policial, Lopes Jr.¹⁷⁸ destaca, não há sigilo atribuído ao defensor, não podendo ser negado o acesso às peças e o direito à extração de cópias ou fazer apontamentos do procedimento. O autor considera que se for negado ou vedado o acesso ao advogado durante o inquérito policial, será clara violação do contraditório (corolário também do direito à informação) e do direito de defesa.

O autor, com supedâneo, aduz que durante muito tempo a doutrina e o pacífico entendimento dos tribunais permaneciam por afastar os ditames da Constituição Federal e das atribuição da Lei nº 8.906 e, finalmente, editada a Súmula Vinculante nº 14 que constitui “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”¹⁷⁹, resolveu-se o impasse.

Mesmo assim. Lopes Jr.¹⁸⁰ orienta que se o advogado ainda tiver negado o pedido de vista ao inquérito policial, deverá ser intentado o remédio processual sendo a Reclamação,

¹⁷⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016, p. 99.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230&termo=>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹⁸⁰ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016, p. 99.

feita diretamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do que conduz o artigo 102, inciso I, alínea “i”, e artigo 103-A, parágrafo terceiro da Constituição Federal de 1988. Asseverando que não impedirá que o defensor, primeiramente, pode interpor o Mandado de Segurança, junto ao juízo de primeiro grau, quando no caso a negativa vier de acesso da autoridade policial, bem como os respectivos tribunais, quando o ato coator emanar do juiz.

O entendimento do autor é claro:

Ainda que historicamente o STF e o STJ tenham (felizmente) admitido o *habeas corpus* para uma tutela dessa natureza, entendemos que o desrespeito às prerrogativas profissionais do advogado deve ser remediado por meio de mandado de segurança, instrumento mais adequado para tutelar tal pretensão. Sem embargo, sublinhamos que a cada dia vem tomando força a aceitação do HC diante da flagrante ilegalidade e cerceamento de defesa. Ademais, perfeitamente invocável a fungibilidade entre as ações constitucionais para que uma seja conhecida no lugar da outra. O que importa nesse momento é a eficácia da tutela jurisdicional¹⁸¹.

Nucci¹⁸² se manifestou sobre a edição da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, tornando-se indispensável a presença do defensor no interrogatório do investigado. E assim:

Para que fosse assegurada a ampla defesa e o cumprimento da nova disposição do art. 185, caput, do CPP, tornava-se fundamental que, no mandado de citação, determinasse o juiz que o oficial indagasse do réu se ele já possuiria defensor constituído e qual seriam o nome e o endereço. Assim, na certidão do oficial, atestando a citação, constaria o nome do causídico do acusado. Seria ele, então, intimado, pela imprensa, para comparecer ao interrogatório designado – em caso de réu solto, no fórum; em caso de preso, no estabelecimento penal correspondente¹⁸³.

O autor explica que com a nova sistemática a partir da edição da Lei nº 11.689 e 11.719, passou a observar que o acusado é citado para responder em defesa prévia. O autor afirma que não se pode pensar em coleta de provas sem a participação do investigado ou do defensor, para posteriormente, utilizá-la livremente durante a instrução do processo criminal, sendo um nítido contraste com o princípio constitucional da ampla defesa infringindo o contraditório¹⁸⁴.

Lembre-se de que a Lei 11.690/2008 trouxe subsídios para o juiz buscar maior equilíbrio entre os envolvidos durante a investigação criminal. O art. 155, caput, do CPP recomenda que o magistrado concentre a formação da sua livre convicção em provas produzidas e contraditório judicial. O art. 156, I, do CPP permite ao magistrado determinar, antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Nesse campo, portanto, as partes porventura participantes do inquérito (indiciado e Ministério Público) devem ser intimadas a acompanhar referida produção antecipada de provas. Além disso, passa-se a permitir, em exames periciais oficiais, a formulação de quesitos pelos interessados e a indicação de assistentes técnicos (art. 159, § 3.º, CPP). Por isso,

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 15ªEd., 2016, p. 256.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Idem.

torna-se imprescindível considerar o inquérito um período pré-processual relevante, de natureza inquisitiva, mas já revestido de alguns contornos garantistas¹⁸⁵.

O que o autor acima destaca é que, mesmo com os contornos de natureza inquisitiva que é dotado o inquérito policial, não se pode excluir completamente os direitos e garantias fundamentais do investigado durante o procedimento, possuindo contornos garantistas e a busca pela atribuição da ampla defesa e contraditório, principalmente no que diz respeito à necessidade da figura do advogado durante o procedimento inquisitivo.

5.3 A Inaplicabilidade do Contraditório e Ampla Defesa no Inquérito Policial

Antes de expor as teorias e a conceituações sobre os posicionamentos doutrinários acerca da aplicação do contraditório e da ampla defesa, existem diversas doutrinas que expõem que não serão aplicados estes princípios quando se tratar do procedimento durante o inquérito policial.

Tourinho Filho¹⁸⁶, portanto, destaca o julgado a seguir para discutir sobre o contraditório e a ampla defesa no inquérito:

PENAL. MOEDA FALSA. DOLO. CONHECIMENTO DA FALSIDADE. ARBÍTRIO EM SEDE POLICIAL. INAPLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO EM SEDE POLICIAL. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. 1. Se o agente tinha consciência da falsidade da moeda, sendo esta apta a iludir, configura-se o elemento subjetivo do tipo penal, descabida qualquer alegação de boa-fé. 2. O procedimento policial só tem sua credibilidade afastada quando provado pelo réu o alegado “arbitrio”. 3. Não se aplica a garantia do contraditório na fase de inquérito, em função do caráter meramente administrativo-informativo da investigação policial. 4. Atenuante da confissão tem caráter objetivo e incide obrigatoriamente, sempre que o réu admitir o seu envolvimento na infração penal, não sendo condicionada ao reconhecimento do arrependimento por parte do acusado¹⁸⁷.

O argumento do autor corresponde aos diversos doutrinadores pesquisados que não são favoráveis à teoria da aplicação do contraditório e da ampla defesa, afirmando que no dispositivo constitucional que tratou sobre o contraditório e a ampla defesa, não estaria relacionando-se a “indiciados”, como é o caso do inquérito policial, e sim, refere-se aos “acusados”, aqueles que já passaram pelo procedimento da persecução penal e agora foram acusados de determinado crime ou contravenção, no caso, o termo circunstanciado.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (1ª Turma). Apelação Criminal nº 50993 RS 95.04.50993-2. Rel. Gilson Langaro Dipp. Julgado em 4 mar. 1997. Publicado em 2 abr. 1997. Disponível em <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1037934/apelacao-criminal-acr-50993?ref=serp>. Acesso em 28 mar. 2019.

Para o autor, o legislador referiu-se de forma diversa do que a doutrina favorável ao contraditório e a ampla defesa afirmam:

O que o legislador quis dizer e o que realmente diz o texto legal e que em juízo, isto é, iniciada a acusação, Defesa e Acusação devem situar-se no mesmo plano, com os mesmos direitos, embora colocados em polos opostos, e, então, a defesa será ampla, “com todos os recursos essenciais a ela..”. E em que consistira essa ampla defesa? Responde (...) em resguardar os “direitos fundamentais” do indiciado, como é, por exemplo, o direito à liberdade, pois a Polícia não pode, sem autorização judicial, prender quem quer que seja a não ser em flagrante delito. É verdade que o texto constitucional proclama, também, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, se confere a ampla defesa.,,. Não obstante não concebamos a defesa técnica na fase pré-processual, visto que implicaria inutilidade da própria investigação, não se pode negar que nos casos em que o indiciado sofre um constrangimento na sua liberdade ambulatoria, seja em razão de flagrante ou preventiva, o habeas corpus atua com presteza¹⁸⁸.

Na mesma seara de pensamento, destaca-se o autor Avena que afirma que, salvo quando se tratar de hipótese de inquérito policial instaurado pela polícia federal quando visar à expulsão de estrangeiro do país, não serão inerentes ao procedimento o contraditório e a ampla defesa, pois o caráter inquisitivo da investigação não permite a aplicação deste princípio constitucional.

E não contradiz esse entendimento – o de que persiste a natureza inquisitorial do inquérito – a possibilidade conferida ao causídico pelo art. 7.º, XXI, alínea a, da Lei 8.906/1994 de “apresentar razões e quesitos”. Isto, repita-se, é uma faculdade apenas, que deve ser exercida espontaneamente pelo advogado, caso entenda necessário. Não há, então, para a autoridade que preside a investigação, a obrigatoriedade de notificar o causídico para esse fim, previamente à perícia determinada ou antes do relatório realizado no final do inquérito. Logo, o que não é lícito ao delegado fazer é obstar a juntada dessas manifestações do advogado nos autos do inquérito. Não restou afetada, assim, a regra do art. 14 do Código de Processo Penal, que confere ao delegado de polícia o poder de indeferir eventuais diligências requeridas¹⁸⁹.

Outro doutrinador, Rangel, refere-se:

Desta forma, o operador do direito percebe, nitidamente, que, tratando-se de um procedimento (e não processo) administrativo com o escopo de apurar a prática de um fato, em tese, dito como infração penal, não há que se falar ou aplicar o princípio do contraditório, pois o indiciado não está sendo acusado de nada, mas sendo objeto de investigação com todos os direitos previstos na Constituição¹⁹⁰.

E ainda:

Ha autores que sustentam que, tratando-se de provas nao-renováveis realizadas no inquérito policial, como, por exemplo, exame pericial realizado em um caso de furto mediante rompimento de obstáculo, esta prova (exame de corpo de delito) não poderá ser renovada em juízo para que o réu possa contradita-la. Neste caso, admitem o contraditório no inquérito policial. Entretanto, tratando-se de provas renováveis, v.g., testemunhai, as mesmas poderão ser renovadas em juízo; neste

¹⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254.

¹⁸⁹ AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. São Paulo: Método, 9ª Ed., 2017, p. 120;126.

¹⁹⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Atlas, 20ª Ed., 2012, p. 110.

caso, inadmissível o contraditório no inquérito. Ousamos divergir, com a devida vênia, de qualquer uma das hipóteses. A uma, pela própria natureza do inquérito policial: procedimento administrativo. A duas, porque, em face da sua natureza jurídica, os atos administrativos possuem atributos que lhe são próprios, como já mencionamos acima e, neste caso, não podemos desconsiderar os ensinamentos dos mestres administrativistas¹⁹¹.

Em que pese, estas exemplificações foram com o intuito de demonstrar a parcela da doutrina que não entende o inquérito policial como o procedimento que pode ensejar o exercício do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, em contraponto com o que será explorado no próximo capítulo, cujo objetivo específico é demonstrar as teorias que abarcar tal exercício durante a investigação pela autoridade policial.

¹⁹¹ Ibidem, p. 111.

6 EFEITOS DA (IN)APLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

O objetivo específico do trabalho é atingido com o intuito de verificar o prejuízo que será causado com a possibilidade de inaplicabilidade do contraditório e ampla defesa durante o inquérito policial, motivo este que será demonstrado durante as apresentações dos posicionamentos da doutrina quanto à teoria. Posteriormente, trata-se da análise do posicionamento dos tribunais de justiça, do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, do Supremo Tribunal Federal em busca de demonstrar os contornos da ampla defesa e contraditório durante o inquérito policial.

6.1 O posicionamento doutrinário quanto ao contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial

Neste capítulo serão apresentadas as teorias abarcadas pela doutrina e o posicionamento dos autores quanto a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, face os ditames presentes no Estado Democrático de Direito e a necessária aplicação dos novos incursos que a sociedade passou a adquirir com a evolução da legislação constitucional e infraconstitucional, apresentando então, argumentos favoráveis, condizentes com o objetivo específico do trabalho e os argumentos desfavoráveis, demonstrando que não há unanimidade na doutrina quanto ao assunto a ser discutido.

É contraproducente destacar a crítica de Lopes Jr.¹⁹² sobre a doutrina que afirma genericamente e infundada de que não há direito de defesa e contraditório no inquérito policial, sendo que “está errada a afirmação, pecando por reducionismo”.

O autor considera que para melhor justificativa da aplicação, é a possibilidade de que o indiciado irá exercer no interrogatório policial a autodefesa positiva, ou seja, dará a sua versão dos fatos ou mesmo, de forma negativa, usando o direito de permanecer em silêncio. Além disso, a já demonstrada defesa técnica pelo advogado, acompanhando as diligências e intervindo ao final do interrogatório, inclusive, postulando diligência e juntando documentos, é uma das atribuições claras do contraditório e ampla defesa durante o inquérito policial¹⁹³.

Assim, sobre o contraditório no inquérito policial, explica que a questão de grande confusão doutrinária é o entendimento do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal que

¹⁹² LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016, p. 97.

¹⁹³ Idem.

trouxe a expressão, claramente protetora, sobre a expressão “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário”, na verdade querendo dizer “procedimento”, alegando que o fato de mencionar “acusados” e não “indiciado”, simplesmente por esta forma não seria aplicado o contraditório no inquérito¹⁹⁴. A explicação segue:

Sucede que a expressão empregada não foi só *acusados*, mas sim *acusados em geral*, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser *imputação em sentido amplo*. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma *acusação em sentido amplo*. Por isso o legislador empregou *acusados em geral*, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo¹⁹⁵.

No mesmo sentido, de acordo com o que pugna Castro¹⁹⁶ em sua publicação eletrônica, o inquérito policial deve encontrar respaldo no contraditório e na ampla defesa, por se tratar de um importante mecanismo para investigação criminal do Estado. A matéria publicada critica que o inquérito policial é tratado pela doutrina com certo desdém e sendo pouco tratada a abordagem dos direitos fundamentais do investigado, sem que gere importantes repercussões na persecução penal.

Castro assevera que é no inquérito penal que estão presentes os bens jurídicos mais relevantes do indivíduo e que poderão ser restringidos, como a liberdade, intimidade e o patrimônio, com base no que ocorrerá com a investigação policial, além do sucesso ou não do processo penal, dependendo de um inquérito policial que fora bem estruturado e com base em provas colhidas de acordo com todas as partes da relação jurídica.

A proposição literal da Constituição Federal de 1988 que afirma que ao inquérito policial não se aplicará o contraditório e a ampla defesa deverá ser baseado, inclusive, no inciso LV do artigo 5º que assevera que caberá aos litigantes de processo judicial ou administrativo, bem como aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, concluindo Castro, que alguns doutrinadores utilizam o entendimento que não caberia aos investigados em inquérito policial por não se enquadrarem como “litigantes” ou “acusados”, por não constituir-se como processo, e sim, procedimento¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial*. São Paulo: Consultor Jurídico. Publicado em 1 nov. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em 18 mar. 2019.

¹⁹⁷ Idem.

Os efeitos, para o autor, são claros afirmando que deve ser correto o aviso prévio das diligências ao investigado em que a autoridade policial irá proceder, bem como concedendo os atos investigativos acessíveis a qualquer tempo:

O inquérito policial é inquisitivo, pressupondo que garanta o elemento surpresa imprescindível à eficácia mínima da colheita inicial de provas. Em outros termos, a sigilosidade é corolário da inquisitorialidade. Explica-se. Ao praticar o delito, o criminoso toma certas precauções para subtrair-se à ação da Justiça, colocando a vítima e o Estado em posição de desvantagem. Para estabelecer a igualdade, tendo em vista esse desnível provocado pelo próprio criminoso, é preciso que o Estado tenha alguma primazia no início da persecução penal a fim de que possam ser colhidos os vestígios do crime e os indícios de autoria. Nada mais correto. Afinal, fossem as diligências precedidas de prévio aviso ao investigado e os atos investigativos acessíveis a qualquer tempo, seriam inviáveis a localização de fontes de prova e a colheita dos elementos probatórios sem sobressaltos, impedindo a regular atuação do aparato policial¹⁹⁸.

O que conclui o autor é que a jurisprudência e a legislação colaboraram para a evolução a fim de garantir e efetivar a investigação criminal sem que o investigado fosse tratado como objeto, exterminando suas garantias, almejando uma ponderação e razoabilidade que impeçam a ausência de defesa quanto a indevida perturbação da investigação. Neste sentido, o autor conclui que poderá o inquérito policial ter a participação da defesa, entretanto, não será contemporânea, dando a oportunidade de manifestação após a conclusão das diligências policiais e a juntada nos autos do inquérito policial, possuindo assim, o direito do defensor em ter acesso aos documentos.

A correção existente, segundo Castro, corresponde o direito ao contraditório incidindo juntamente com o direito à informação, condicionando à conclusão de as diligências policiais se darem de acordo com a ciência e notificação do acusado e de seu defensor, possibilitando a reação. Porém, conclui-se que, enquanto considera-se o contraditório corolário do direito à informação no bojo do inquérito policial, Castro aponta que:

(...) mesmo não havendo barreira à defesa na fase policial, deve-se reconhecer que ainda é mais exógena (fora do inquérito policial, por habeas corpus ou mandado de segurança impetrados perante o juiz), do que endógena (dentro do inquérito policial, por requerimentos ao delegado de polícia), praxe que deve mudar paulatinamente¹⁹⁹.

É importante constatar que a doutrina, em sua maioria, afirma que é inexistente contraditório e ampla defesa no inquérito policial, mas ao mesmo tempo reconhece que há direitos os quais o investigado é dotado e que devem ser observados integralmente, corolários do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Segue essa seara Lima²⁰⁰, que leva à

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Editora Juspodivm, 5ª Ed., 2017, p. 106-107.

observação importante sobre as alterações produzidas pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 no artigo 155 do Código de Processo Penal que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”²⁰¹.

Sendo assim, o objetivo do estudo de Lima é considerar que diante da redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, os elementos informativos colhidos na fase de investigação, não há a participação da dialética das partes, sendo que, de outro modo, “não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em acusado em geral na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal”²⁰².

O autor no cerce da explicação, assevera que apesar de não serem produzidas as provas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, os elementos informativos recolhidos são importantes para a persecução penal e, além de auxiliar na *opinio delicti* do órgão de acusação, subsidiam a decretação de possíveis medidas cautelares. Entretanto, Lima esclarece que a prova só poderá ser usada para os elementos de convicção que foram produzidos no interim do curso do processo judicial, sendo necessariamente neste momento a participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa.²⁰³

Considera-se:

O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de prova. A participação do acusador, do acusado e de seu advogado é condição *sine qua non* para a escorreita produção da prova, assim como também o é a direta e constante supervisão do órgão julgador, sendo que, com a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (CPP, art. 399, § 2º). Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como prova, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes²⁰⁴.

Há estudiosos que são mais diretos e que encontram respaldo na necessidade de admitir a participação defensiva no inquérito policial, se dando, portanto como o meio de contraditório mitigado, como visto no capítulo anteriormente.

²⁰¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

²⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Editora Juspodivm, 5ª Ed., 2017, p. 107.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ Idem.

Nesta seara, Alencar e Távora²⁰⁵ correspondem à parte doutrinária que atribui a necessidade de ampliação do acesso aos autos de investigação preliminar pelo advogado, afirmando que as disposições que asseguram o direito ao acesso aos autos do inquérito policial, bem como de outras investigações criminais pelo advogado, não são suficientes para conter abusos e, neste sentido, é preciso observar a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal que garantiu a proscrição de procedimentos que pretendem ser sigilosos ao defensor do investigado.

Os autores criticam que não precisaria de tantas regras para que os direitos fundamentais fizessem valer-se, portanto, se a Constituição Federal de 1988 não tivesse uma baixa aplicação, como é observado em determinados casos concretos. O que se explica é que, ainda é muito difícil fazer valer o conjunto das garantias constitucionais que foram fruto das experiências históricas vividas no Brasil e no mundo, e que passaram a ser um dos pilares para o Estado Democrático de Direito, como é o contraditório e a ampla defesa²⁰⁶.

O Estatuto da Ordem dos Advogado do Brasil²⁰⁷ trouxe alterações de novos enunciados que ampliaram e efetivaram o direito ao acesso dos autos durante a fase de investigação pelo advogado do investigado e ainda completam Alencar e Távora, “com muito mais razão, não se pode tolerar a negativa de acesso aos autos de processo penal instaurado pelo advogado. Eventual necessidade de sigilo não tem abrangência tal que mitigue o direito ao contraditório e à ampla defesa, mormente da defesa técnica”²⁰⁸.

Concluem, dispondo sobre o posicionamento a favor da utilidade do contraditório e ampla defesa durante o inquérito policial:

Com efeito, entendemos que a lei nova não aboliu a natureza inquisitiva do inquérito, mas trouxe a possibilidade de incidência regrada de porção do contraditório e da defesa (sem ser ampla) assegurando a essencial "paridade de armas" à defesa técnica. A previsão para intervenção do advogado na produção dos elementos de informação das investigações é similar a uma investigação defensiva, no bojo dos próprios autos do inquérito ou de outra apuração. Essa possibilidade está descrita na previsão do advogado "apresentar razões e quesitos" no curso da investigação (art. 7º, XXI, 'a': Estatuto da OAB)²⁰⁹.

²⁰⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 143.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em 20 mar. 2019.

²⁰⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 143.

²⁰⁹ Ibidem, p. 144.

Na mesma seara de pensamento, o posicionamento de Tucci²¹⁰ abarca que é possível evidenciar que recai ao ser humano a condição de participar da *persecutio criminis*, efetivando, desta forma, todas as possibilidades de aplicar a ampla defesa durante o inquérito policial, inclusive, afirmando que deve ser concretizada de forma plena, participando o defensor e o investigado de forma ativa, marcando um procedimento pelo contraditório em todos os aspectos do procedimento penal, desde a fase pré-processual no inquérito policial, até o processo de execução.

Coaduna com o pensamento de Tucci, Baldan²¹¹ que se refere à investigação defensiva, atuando como uma das vantagens globais presentes nessa teoria, a forma de obrigação de aprimoramento da fase de investigação criminal ou policial, pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, devendo ter o escopo de o defensor do investigado atuar na oposição da investigação, produção ou métodos utilizados durante o inquérito policial, por isso se faz a conclusão de utilização da aplicação do contraditório e ampla defesa nessa fase.

O autor refere-se ao inquérito policial como o procedimento que deverá obrigar o Estado a respeitar as liberdades e as garantias que são fundamentais e expressamente destacadas no interior do título Maior constitucional, referindo-se à dignidade da pessoa humana em busca da instrução processual justa, incluindo o procedimento inquisitorial, como exigência para garantia do Estado Democrático de Direito²¹².

O objetivo deste trabalho encontra-se em total consonância com o que o autor abarca em sua publicação elucidando que, atualmente, a atuação do defensor deve ser avultada, como Carnelutti reproduziu: “os discursos, as informações trazidas pelo defensor e pelo acusador se assemelham a uma roda giratória colorida. Ao girar rapidamente, as cores produzem luz”²¹³.

Baldan²¹⁴, sob esta ótica, considera que negar essa luz seria refletir com opacidade os atos inerentes ao defensor, pois dessa forma, limita a atuação para utilizar os instrumentos defensivos, causando uma espécie de hipertrofia dos mecanismos repressores, ensejando séria

²¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 205.

²¹¹ BALDAN, Édson Luis. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 64, v. 15, 2007, p. 270.

²¹² BALDAN, Edson Luis. AZEVEDO, André Boiani e. *A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando)*. Teresina: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8220/a-preservacao-do-devido-processo-legal-pela-investigacao-defensiva>. Acesso em 20 mar. 2019.

²¹³ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 43.

²¹⁴ BALDAN, Edson Luis. AZEVEDO, André Boiani e. *A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando)*. Teresina: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8220/a-preservacao-do-devido-processo-legal-pela-investigacao-defensiva>. Acesso em 20 mar. 2019.

dificuldade em atuar na defesa dos domínios do processo penal, constatando a uma séria violação sistemática da cláusula constitucional do devido processo legal.

A crítica do autor é incisiva quanto ao descaso da doutrina no que concerne à fase preliminar investigatória presente com o inquérito policial no ordenamento jurídico brasileiro:

O histórico descaso doutrinário pela fase preliminar investigatória da persecução somente agora vem apresentar seus agudos reflexos, com a instalação de verdadeira anomia em que poucos têm enxergado, com a clarividência desejável, os funestos resultados ao *jus libertatis* do cidadão imputado, indefeso à atuação de qualquer órgão estatal que se autodeclare competente para perscrutar seus atos e indigitá-lo, *coram populo*, infesto delinquente. O processo penal, em especial na fase administrativa, há muito deixou de ser o instrumento garantista para frear o ímpeto do "jus puniendi" em face do imputado na imposição da pena criminal para, agora, converter-se em melancólico espetáculo, qual fogueira da inquisição medieval, em cujas labaredas devem crepitar os neo-hereses (com todos seus direitos e garantias) para euforia da choldra ensandecida que ao carrasco presta reverência. Os meios transmutaram-se em fim²¹⁵.

Além disso, o autor configura ser vantajosa tal aplicação com o intuito de fomentar o desenvolvimento das ciências jurídicas penalistas, como a criminologia, a criminalística e a medicina forense; outra vantagem que a investigação defensiva possui (ou seja, a investigação pautada na ampla defesa e contraditório) está a atuação do advogado para a constituição de prova criminal, este, anteriormente como um mero espectador passivo, passa a ser o produtor e atuante principal na constituição dos elementos probatórios ou informativos para acusação²¹⁶.

Baldan ainda ressalta que esta metodologia obriga a motivação judicial para que haja a admissão da acusação ou não, analisando os elementos indiciários de prova de autoria e materialidade, enquanto, neste mesmo cerne, atua no fortalecimento da prova criminal agora produzida pela defesa do investigado com seu advogado, como pela acusação de forma igualitária, sem disparidades e afronta aos direitos fundamentais do investigado, favorecendo, dessa maneira, a busca pela verdade real anteriormente definida no início deste trabalho²¹⁷.

Por fim, conclui Baldar que a autoridade policial, nas condições de presidente da fase investigatória administrativa que é reservada à ação da polícia judiciária, deverá preservar, no âmbito das atribuições a ela conferidas, garantir o devido processo legal, potencializando, neste sentido, o uso das disposições garantistas previstas no artigo 14 do Código de Processo Penal, e assim, "propiciando que nos autos do inquérito policial ingressem, também, os

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ BALDAN, Édson Luis. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 64, v. 15, 2007, p. 270.

²¹⁷ Idem.

elementos de prova (dês que legítimos) de interesse de defesa da pessoa sujeita à investigação ou indiciamento”²¹⁸.

Sob o mesmo pálio, é possível concluir o posicionamento positivo de Nogueira quanto à possibilidade da atribuição do contraditório e da ampla defesa no destaque a seguir:

Da evidência de não estar diretamente sob a proteção das garantias do contraditório e da ampla defesa - com a densidade que lhe dá o art. 5º, LV, da Lei Fundamental - não se pode, contudo, "á outrance", reduzir o indiciado, no curso do inquérito, a mero objeto ou sujeito inerte de investigações administrativas²¹⁹.

De acordo com o mesmo núcleo de pensamento, Barbosa²²⁰ elucida que as garantias da ampla defesa e do contraditório constam de um lado de que não há dúvidas de que são para proibição de produção da prova ilícita, da presunção da não culpabilidade e da não obrigatoriedade do indiciado ou acusado produzir prova contra si mesmo, sendo estas condicionantes para a validade das provas dentro do processo penal garantista, abrangendo, de acordo com o autor, não apenas a instrução penal, como também a repercussão durante o inquérito policial.

Portanto, o direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, conforme o inciso III do artigo 5º; o direito a que se respeite a integridade física e moral, inciso XLIX do artigo 5º; o direito à identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial, inciso LXIV do artigo 5º; o direito à não identificação criminal quando for identificado civilmente, de acordo com o inciso LVIII do artigo 5º; o direito à assistência da família, conforme o inciso LXIII do artigo 5º; o direito ao silêncio, no inciso LXIII do artigo 5º; o direito à assistência familiar, inscrito no LXIII); o direito da comunicação imediata ao juiz competente, à sua família ou a pessoa por ele indicada da sua prisão, conforme o inciso LXII; o direito a não ser considerado culpado antes de sentença condenatória ter transitado em julgado, como instrui o inciso LVII; e por fim, direito a que a busca e apreensão no domicílio, com a observância das hipóteses de exceção de flagrante

²¹⁸ BALDAN, Edson Luis. AZEVEDO, André Boiani e. *A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando)*. Teresina: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8220/a-preservacao-do-devido-processo-legal-pela-investigacao-defensiva>. Acesso em 20 mar. 2019.

²¹⁹ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Edipro, 2002, p. 134.

²²⁰ BARBOSA, Emerson Silva. *O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial*. Rio Grande do Sul: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, vol. 3, n. 1, jan/jun 2011, p. 80-81. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416>. Acesso em 20 mar. 2019.

delito, prestação de socorro à vítima e de desastre, deverá ser precedida de mandado judicial, todos os direitos nos incisos constantes na Constituição Federal de 1988²²¹.

E considera:

Mais um argumento favorável à contrariedade no inquérito consiste na preservação do equilíbrio entre as partes, ou da paridade de armas entre os sujeitos parciais do procedimento penal. De outro modo, um processo penal democrático exige que haja um equilíbrio de forças, uma paridade de armas entre acusação e defesa, de modo que as partes possam igualmente influir na formação do convencimento do juiz. Cumpre ressaltar, todavia, que embora a polícia judiciária tenha exercido desde sempre a função de investigação com relativa independência técnica e orgânica, necessárias ao êxito da tarefa de perquirição, vislumbra-se na atualidade forte tendência a se consolidar um modelo de investigação unilateral, nitidamente voltado aos interesses da acusação e em detrimento do acusado e de sua defesa, quando, em verdade, a busca da prova deve ser tanto tutelada e favorecida quanto da contraprova²²².

Barbosa²²³ conclui, em razão desse pensamento, que para haver essas garantias reforçadoras da ampla defesa, deverão ser observados os direitos tanto durante a ação penal, como durante a investigação criminal policial.

E não é menos correto dizer que para efetiva garantia das prerrogativas asseguradas anteriormente, a possibilidade da participação da defesa no inquérito policial é imprescindível no procedimento investigatório, sobretudo em face de sua atuação coativa sobre direitos fundamentais indivíduo como a liberdade e os bens. Todavia, como já ressaltado, não é apenas a natureza coativa da atuação da polícia judiciária incidente, principalmente, sobre a liberdade que demanda a intervenção da defesa desde o início da persecução penal. É preciso, ainda, ter-se em vista o caráter probatório, de antecipação da instrução processual no inquérito policial, como procedimento administrativo com funções judiciárias²²⁴.

Assim, o aspecto do acatamento e posicionamento em favor da utilização das expressões do contraditório e da ampla defesa também são encontrados na obra deste autor, no sentido de demonstrar que para que se garantir o devido processo penal de partes, é inevitável que o confronto probatório entre a acusação e a defesa técnica, devem ser assegurados de forma efetiva por meio de defesa, desde o início da persecução penal.

Barbosa explica que deverá ocorrer desde o inquérito policial, defendendo dessa forma que o investigado tenha conhecimento dos fatos de forma clara e não obscura; ter o investigado a possibilidade de apresentar alegações contra imputações formuladas no bojo do

²²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 mar. 2019.

²²² BARBOSA, Emerson Silva. *O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial*. Rio Grande do Sul: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, vol. 3, n. 1, jan/jun 2011, p. 80-81. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416>. Acesso em 20 mar. 2019.

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

procedimento investigatório; poder acompanhar a produção das provas e poder arcar com a produção de contraprovas; além disso, por fim, ter a oportunidade de possuir defesa técnica de um advogado para poder impugnar os atos instrutórios, verificando a licitude ou ilicitude do ato pela autoridade policial²²⁵.

6.2 Análise de Julgados e Verificação do Contraditório e Ampla Defesa abarcados pelos Tribunais Superiores

A análise dos julgados neste subcapítulo irá pautar nas decisões da jurisprudência que abarcam o contraditório e a ampla defesa em sede do inquérito policial.

Em julgado do *habeas corpus* nº 39192 menciona-se que a prova produzida em fase de inquérito policial, por este possuir o caráter de não atribuição do contraditório e da ampla defesa, não poderá ser usada como respaldo para decisão de ação penal, sem que no bojo do processo penal não tenha sido novamente produzida para fins de utilização do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, conclui-se que a investigação ocorrida no inquérito policial, quando esta não tiver sido feita sob a comunicação do defensor, a busca pela defesa da produção de prova, não poderá ensejar como única prova no convencimento do juiz, sendo uma forma de entendimento mitigado sobre a atribuição das garantias constitucionais ao investigado, como o contraditório.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS. DÚVIDA QUANDO DO RECONHECIMENTO DOS DENUNCIADOS PELA VÍTIMA EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS PRODUZIDAS COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ABSOLVIÇÃO COMO ÚNICA SOLUÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O fato de a vítima haver reconhecido os pacientes como autores do delito na fase inquisitorial não se mostra suficiente para sustentar o decreto condenatório, principalmente quando em Juízo o reconhecimento dos denunciados não se realizou com convicção, além de não ter sido produzida, ao longo da instrução criminal, qualquer outra prova que pudesse firmar a conduta delitiva denunciada e a eles atribuída. 2. O inquérito policial é procedimento meramente informativo, que não se submete ao crivo do contraditório e no qual não se garante aos indiciados o exercício da ampla defesa, razão pela qual impõe-se, na hipótese, a absolvição dos denunciados. 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória²²⁶.

O Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso ordinário em *habeas corpus* discutiu o contraditório e a ampla defesa que possui o investigado em sede de inquérito

²²⁵ Idem.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Habeas corpus* nº 39192 SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 26 abr. 2005. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401539060&dt_publicacao=01/07/2005. Acesso em 20 mar. 2019.

policial, afirmando que, mesmo que a natureza do inquérito seja inquisitorial, os direitos fundamentais do indiciado ou investigado deverão ser mantidos em sua plena composição, sendo possível o direito ao silêncio e de ser assistido por um advogado.

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO PREVENTIVA E NÃO RECONHECEU NULIDADE NA FASE INQUISITORIAL. SUPERVENIÊNCIA DE NOVO WRIT NO TRIBUNAL DE ORIGEM. PERDA DO OBJETO. INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL. CONFISSÃO. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NO ATO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INQUÉRITO. PEÇA INFORMATIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. MAUS TRATOS E TORTURAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Interposto recurso ordinário em habeas corpus contra decisão que manteve a prisão preventiva, e sobrevindo novo writ no Tribunal de origem em data posterior ao presente recurso, oportunidade em que o recorrente foi posto em liberdade, restam superados os argumentos aqui deduzidos, havendo evidente perda do objeto. 2. Apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio e o de ser assistido por advogado. 3. *In casu*, consta do auto de qualificação e interrogatório que o então investigado, ora recorrente, foi cientificado de seu direito de permanecer em silêncio e de ter assistência de um advogado, não tendo se manifestado pela presença do profissional para acompanhar o ato. Não pode querer, agora, anular a confissão obtida naquele momento sob o argumento de que seu patrono não foi intimado para o interrogatório. (Precedentes do STJ). 4. O recorrente não trouxe aos autos elemento comprobatório de que teria sido submetido a maus tratos e torturas físicas. O posicionamento firmado nesta Corte é no sentido de que eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não são hábeis a contaminar a ação penal, pois aquele procedimento resulta em peça informativa e não probatória. 5. Recurso improvido²²⁷.

Apesar da constatação do Superior Tribunal de Justiça delimitar-se no julgado anteriormente destacado, há a consideração do *habeas corpus* nº 82354 julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça que abarca o entendimento do cabimento de sérios prejuízos ao investigado por cerceamento de defesa no inquérito policial, além de apregoar como legítima a ação da autoridade policial teve como atitude em obviar a possível inconveniência de não se comunicar para conhecimento prévio, o investigado e o defensor, para proceder com determinada diligência a fim de que o defensor venha a atuar durante o procedimento investigatório.

De acordo com o entendimento, o acórdão a seguir a ser destacado nada mais é do que a interação com as doutrinas favoráveis da aplicação mitigada das garantias constitucionais discutidas ao longo do trabalho:

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Ordinário em *Habeas corpus* nº 34322 ES. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 2 abr. 2014. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;rhc:2014-04-22;34322-1348305>. Acesso em 20 mar. 2019.

I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. 2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado - como tal, questionável mediante mandado de segurança - e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legitimado a figurar como paciente no habeas corpus voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores. II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição (*grifo nosso*)²²⁸.

O Supremo Tribunal Federal, após as referências conceituais durante o relatório e o voto, inferiram que a doutrina e a jurisprudência reconhecem que o indiciado possui direitos fundamentais inerentes, dentre os quais, a assistência do advogado em todos os atos que seja participante; o de ser entrevistado na presença e reservadamente com o seu advogado, mesmo inserido no regime de incomunicabilidade.

Consideram ainda:

À irrestrita amplitude do preceito - na linha, reconheça-se, de autorizadas manifestações doutrinárias -, situam-se, no caso concreto, os dois acórdãos e o

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Turma). *Habeas corpus* nº 82354 PR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 10 ago. 2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>. Acesso em 20 mar. 2019.

parecer do Chefe do Ministério Público da União, para opor-lhe, em nome do princípio da proporcionalidade, temperamentos de maior ou menor extensão, sobretudo quando posto em cotejo com a decretação de sigilo do inquérito policial específico. O conflito aparente de interesses contrapostos, de que partem tais raciocínios, no entanto, mais que aparente, é falso, na medida em que a lei mesma o resolve, em favor da prerrogativa do defensor e contra a oponibilidade ao advogado do sigilo decretado do inquérito²²⁹.

Outro julgado que conclui-se sobre a prerrogativa do defensor em defesa técnica nos autos do inquérito policial, para ter acesso e poder atuar, está desprendido no julgado a seguir da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que, em síntese, a posição adotada é no sentido de que o acesso do advogado ou do investigado é limitado ao elemento já documentado nos autos do inquérito, além de que o direito assegurado deverá ser concedido com a possibilidade de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACESSO DOS ACUSADOS A PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO SIGILOSO. POSSIBILIDADE SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRERROGATIVA QUE SE RESTRINGE AOS ELEMENTOS JÁ DOCUMENTADOS REFERENTES AOS INVESTIGADOS. I - O direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos. II - Enunciado da Súmula Vinculante 14 desta Corte. III - Embargos de declaração rejeitados, com concessão da ordem de ofício²³⁰.

Assim, concluíram que dentre esses direitos os quais o indiciado é titular, o procedimento administrativo do inquérito policial deve ser corolário e instrumento das prerrogativas do advogado ao acesso aos autos, conforme o que reza o Estatuto da OAB. Amostrando que o advogado, por possuir prerrogativas para defesa, legalmente constituídas no bojo do inquérito policial, quando deferidas essas prerrogativas em face de outros valores da Constituição Federal, não somente infringindo o plano da ampla defesa, como também na interpretação do texto Maior de forma mais elástica, concedeu-se o *habeas corpus* ensejando no acórdão mencionado²³¹.

O que Tavares²³² conclui em seu estudo é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem garantindo a amplitude do direito da ampla defesa, do exercício do contraditório e do devido processo legal, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, inciso

²²⁹ Idem.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Embargos de Declaração em *habeas corpus* nº 94387 RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 06 abr. 2010. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;hc:2010-04-06;94387-3659274>. Acesso em 20 mar. 2019.

²³¹ Idem.

²³² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2017, p. 638.

LIV e LV, mesmo quando em sede de inquérito policial e processos originários com o conteúdo que deve ser mantido sob sigilo.

CONCLUSÃO

O estudo pautou-se em uma ampla revisão bibliográfica que buscou trazer desde os conceitos iniciais do que é o inquérito policial, os antecedentes históricos, demonstrando a vertente que trouxe da Antiguidade até os dias atuais, com melhorias, inclusive no sistema brasileiro, em razão do atendimento dos princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988.

O objetivo específico deste trabalho foi alcançado no sentido de explorar as doutrinas que traziam à tona as justificativas para que o inquérito policial fosse regado da observância do contraditório e da ampla, face as atualizações desde a publicação do Código de Processo Penal em 1941 que, inicialmente, como fora constatado com a análise, foi pautado em uma sistemática inquisitiva, face o período histórico em que se passava e a Constituição da época de 1937 regada de autoritarismo e influenciada por preceitos fascistas franceses.

Este estudo frisou em defender a atribuição do contraditório e da ampla durante o procedimento de investigação preliminar que constata ser o inquérito policial, possibilitando verificar que institutos como o da defesa técnica, a mudança no Código de Processo Civil quanto às provas e a busca pelo melhor atendimento aos jurisdicionados, o contraditório e a ampla defesa surgem como resultados de todas as influências sociais que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao Brasil, bem como os novos textos de direitos humanos ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Negar a atribuição do contraditório e da ampla defesa durante o inquérito policial seria negar diversos preceitos inseridos no artigo 5º do texto Maior, diminuindo a atribuição do que o Estado Democrático de Direito surgiu para a sociedade brasileira, ou seja, trazer o melhor atendimento à dignidade da pessoa humana e a busca pela valorização da pessoa, incluindo, os investigados e acusados durante a persecução penal preliminar.

Infer-se no texto que a conclusão que se chega é que atribuir o contraditório e a ampla defesa durante o inquérito policial é trazer à tona os preceitos já inseridos nas doutrinas, pois permite que haja a defesa técnica no interior do procedimento, a melhor forma de defender-se durante o colhimento de uma prova, possibilitando também a produção de novas provas para inserção nos autos posteriormente.

A justificativa para a elaboração do presente trabalho pautou-se em verificar quais seriam as teorias aplicadas aos posicionamentos favoráveis ao contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, colaborando em explorar melhores as técnicas e considerações desses autores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 9ª Ed., 2018.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 9ª Ed., 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2015.

BALDAN, Édson Luis. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 64, v. 15, 2007.

_____. AZEVEDO, André Boiani e. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando)**. Teresina: Jus Navigandi, ano 10, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8220/a-preservacao-do-devido-processo-legal-pela-investigacao-defensiva>. Acesso em 20 mar. 2019.

BARBOSA, Emerson Silva. **O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**. Rio Grande do Sul: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, vol. 3, n. 1, jan/jun 2011, p. 80-81. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416>. Acesso em 20 mar. 2019.

BINDER, Alberto M. **Descumprimento das Formas Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 28 fev. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015** – Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

_____. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008** - Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

_____. **Lei nº 9.034**, de 3 de maio de 1995 (revogada). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

_____. **Lei nº 11.719**, de 20 de junho de 2008. Disponível em:
<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2008-06-20;11719>. Acesso em 13 fev. 2019.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

_____. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em 20 mar. 2019.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em 20 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas corpus nº 68926 MG**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 10 dez. 1991. Publicado em 28 ago. 1992. Disponível em
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2904323/habeas-corpus-hc-68926-mg>. Acesso em 14 mar. 2019.

_____. **Súmula 523**. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em 14 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Habeas corpus nº 39192 SP**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 26 abr. 2005. Disponível em
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401539060&dt_publicacao=01/07/2005. Acesso em 20 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Habeas corpus nº 70763 DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 28 jun. 1994. Publicado em 23 set. 1994. Disponível em
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747821/habeas-corpus-hc-70763-df?ref=juris-tabs>. Acesso em 14 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas corpus nº 68412 DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 11 dez. 1990. Publicado em 08 mar. 1991. Disponível em
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;hc:1990-12-11;68412-1508605>. Acesso em 14 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Habeas corpus nº 82354 PR**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 10 ago. 2004. Disponível em
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>. Acesso em 20 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Embargos de **Declaração em habeas corpus nº 94387 RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 06 abr. 2010. Disponível em
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;hc:2010-04-06;94387-3659274>. Acesso em 20 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 14**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230&termo=>. Acesso em 22 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (1ª Turma). **Apelação Criminal nº 50993 RS 95.04.50993-2**. Rel. Gilson Langaro Dipp. Julgado em 4 mar. 1997. Publicado em 2 abr. 1997. Disponível em <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1037934/apelacao-criminal-acr-50993?ref=serp>. Acesso em 28 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 23ª Ed., 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Edicamp, 2001.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. São Paulo: Consultor Jurídico. Publicado em 1 nov. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em 18 mar. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente marcado**. Brasília a. 46 nº 183 julho/set.2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>. Acesso em 13 fev. 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. **A história do direito penal brasileiro**. Publicado em dezembro de 2014. Disponível em <http://revista.faculadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/viewFile/410/367>. Acesso em 13 fev. 2019. Periódico Científico Projecção, Direito e Sociedade, vol. 5, nº 2.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 9ª Ed., 2017.

HALLMANN, Júlio César dos Santos. **A Gestão Probatória no Processo Penal e a Lei nº 11.690/2008**. CCHJ/Univates. Revista Destaques Acadêmicos, ano 1, nº 2, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. **Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo: LivroNet, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 9ª Ed., 2012.

LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del código di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1970.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2ªEd., 2017.

_____. **Manual de processo penal:** volume único. Salvador: Editora Juspodivm, 5ª Ed., 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016.

_____. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 2017.

LUZ, Denise. **A Opção Constitucional por um Sistema Acusatório: Algumas breves reflexões sobre o inquérito policial na reforma do Código do Processo Penal.** Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição, 2011. Disponível em http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Denise_Luz.pdf. Acesso em 13 fev. 2019.

MISSE, Michel. **O inquérito policial no Brasil: Resultados Gerais de uma Pesquisa.** Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 3 - no 7 - JAN/FEV/MAR 2010 - pp. 35-50. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7199>. Acesso em 13 fev. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 32ª Ed., 2016.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal.** São Paulo: Edipro, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 15ªEd., 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 21ª Ed., 2017.

_____. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 9ª Ed., 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 4ª Ed., 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 3ª Ed., 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Atlas, 20ªEd., 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Humanos.** São Paulo: Saraiva, 4ª Ed., 2017.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 6ª Ed., 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal – vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELOS. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 4ª Ed., 2017.